

EL DERECHO PÚBLICO A LOS 100 NÚMEROS DE LA
REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 1980-2005

EL DERECHO PÚBLICO A LOS 100 NÚMEROS DE LA REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 1980-2005

Autores

ACEDO PAYAREZ GERMÁN	HERNÁNDEZ-MENDIBLE VÍCTOR RAFAEL
AGUIAR ASDRÚBAL	IVANEGA MIRIAM MABEL
ARAUJO GARCÍA ANA ELVIRA	LEAL ROGÉRIO
ARISMENDI A. ALFREDO	LINARES BENZO GUSTAVO
BADELL MADRID RAFAEL	LOVERA DE SOLA IRMAISABEL
BALASSO CATERINA	MATHEUS DUILIO DAVID
BAUMEISTER TOLEDO ALBERTO	MEIER HENRIQUE
BELLO TORO Yael De Jesús	MORLES HERNÁNDEZ ALFREDO
BLANCO-URIBE QUINTERO ALBERTO	MUCI FACCHIN GUSTAVO
BRACHO DOS SANTOS JOAQUIN DAVID	MUCI BORJAS JOSÉ ANTONIO
BREWER-CARÍAS ALLAN R.	NIKKEN CLAUDIA
BRICEÑO DE MUCI CLAUDIA	NÚÑEZ MACHADO ANA CRISTINA
BRICEÑO VIVAS GUSTAVO	ORLANDO FREDDY
BRITO MARIANO R.	PERRINO PABLO ESTEBAN
CARMONA BORJAS JUAN CRISTÓBAL	PONCE JOSEFINA
CARRILLO CARLOS LUIS	RACHADELL MANUEL
CASAL H. JESÚS M.	RIEBER DE BENTATA JUDITH
DAMSKY ISAAC AUGUSTO	RODRÍGUEZ ARANA JAIME
DUQUE CORREDOR ROMÁN J.	ROMERO MENDOZA ALFREDO
ESCUDERO LEÓN MARGARITA	RONDÓN DE SANSÓ HILDEGARD
ESPINA MOLINA MARÍA VERÓNICA	SALOMÓN JORGE LUIS
FRAGA PITTALUGA LUIS	SÁNCHEZ SÁNCHEZ ZULIMA
GONZÁLEZ CRUZ FORTUNATO	SHEFFER TUÑÓN JAVIER ERNESTO
GRAU FORTOUL GUSTAVO A.	SUÁREZ M. JORGE LUIS
GRAU MARÍA AMPARO	URDANETA SANDOVAL CARLOS
HENRÍQUEZ M. GIANCARLO	UROSA MAGGI DANIELA
HERNÁNDEZ G. JOSÉ IGNACIO	VILLAREAL CORRALES LUCINDA

EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA
CARACAS, 2006

Primera edición, 2006

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2006, by Fundación Editorial Jurídica Venezolana

Hecho el Depósito de Ley

Depósito legal: lf54020053404080

ISBN: 980-365-093-9

Editorial Jurídica Venezolana

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

Apartado 17.598 - Caracas, 1015, Venezuela

Teléfono 762-25-53 / 762-38-42/ Fax. 763-52-39

Email: feyv@cantv.net

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

Diagramación, composición y montaje por: Mirna Pinto y Francis Gil, en letra

Time New Roman 10,5, Interlineado Exacto 11

La edición consta de 1000 ejemplares

**PLAN GENERAL
DE LA OBRA**

PRÓLOGO

ALLAN BREWER-CARÍAS

TESTIMONIOS

MARY RAMOS FERNÁNDEZ

PRIMERA PARTE

**EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL
Y FUNCIONAL DEL ESTADO**

- § 1. LA INTERVENCIÓN DEL PUEBLO EN LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA
ALLAN R. BREWER-CARÍAS
Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela
Director Fundador de la Revista de Derecho Público
- § 2. LAS CONSTITUCIONES VENEZOLANAS DESDE 1947
ALFREDO ARISMENDI A.
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Director del Instituto de Derecho Público
- § 3. CONSTITUCIÓN Y “BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD”
CLAUDIA NIKKEN
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 4. GOBERNABILIDAD Y REGÍMENES POLÍTICOS
HENRIQUE MEIER
Profesor de la Universidad Metropolitana y Universidad Católica Andrés Bello
- § 5. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU RECEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
RAFAEL BADELL MADRID
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
- § 6. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO OCASIONADA POR EL RIESGO O VICIO DE LAS COSAS
PABLO ESTEBAN PERRINO
Profesor Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Argentina

- § 7. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA JUDICIAL
DANIELA UROSA MAGGI
Profesora de la Universidad Monteávila

SEGUNDA PARTE

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

- § 8. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA
Catedrático de Derecho Administrativo
Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas
- § 9. HACIA EL DOMINIO ESTATAL DE LA PERSONALIDAD HUMANA. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EN RADIO Y TELEVISIÓN Ó LEY DE CONTENIDO DE VENEZUELA
ASDRÚBAL AGUIAR
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela
- § 10. ACERCA DEL “DEBIDO PROCESO” EN LOS PROCEDIMIENTOS DESPLEGADOS PARA EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVA Y LEGISLATIVA
CARLOS URDANETA SANDOVAL
Magíster Scientiarum en Derecho Procesal Civil
Especialista en Derecho Administrativo
- § 11. LA VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN A TRAVÉS DE LA CENSURA PREVIA ESTABLECIDA EN LEYES VENEZOLANAS
ANA CRISTINA NÚÑEZ MACHADO
Profesora Derecho Constitucional de la Universidad Metropolitana
- § 12. LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA FRENTE AL DECRETO 3444
MANUEL RACHADELL
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 13. MENSAJE DE DATOS EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA VENEZOLANA Y SUS CONSECUENCIAS EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CIUDADANOS
IRMAISABEL LOVERA DE SOLA
Abogado

TERCERA PARTE**EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO**

- § 14. LA ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA CONSTITUCIÓN DEL 99: DESARROLLO Y SITUACIÓN ACTUAL
MARÍA AMPARO GRAU
Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela
- § 15. SOBRE LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA
ISAAC AUGUSTO DAMSKY
Profesor Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Argentina
- § 16. SOBRE EL RÉGIMEN MUNICIPAL UNIFORME EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVARIANA DE VENEZUELA Y EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL
FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ
Director del Centro de Estudios Provinciales y locales de la Universidad de los Andes CIEPROL-ULA
- § 17. CUESTIONES ACERCA DEL CONTROL PÚBLICO LA EXPERIENCIA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA
MIRIAM MABEL IVANEGA
Profesora de la Universidad Austral, Argentina

CUARTA PARTE**EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO**

- § 18. INTRODUCCIÓN AL SISTEMA PRESUPUESTARIO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO Y EN SU REGLAMENTO N° 1
GIANCARLO HENRÍQUEZ M.
Abogado
- § 19. EL SISTEMA DE CONTROL INTERNO SEGÚN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO
FREDDY ORLANDO S.
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela
- § 20. DE LO PRIVADO A LO PÚBLICO EN EL DERECHO MERCANTIL
ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello

- § 21. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL CONTROL DE CAMBIOS
JORGE LUIS SUÁREZ M.
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela. Director General del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)
- § 22. LOS BIENES NACIONALES
LUCINDA VILLAREAL CORRALES
Doctora en Derecho Universidad Nacional Autónoma de México
- § 23. ABC PETROLERO
GERMÁN ACEDO PAYAREZ
Profesor de la Universidad Metropolitana y Universidad Central de Venezuela
- § 24. ALGUNOS ASPECTOS LEGALES DE LA TITULARIZACIÓN DE CRÉDITOS BANCARIOS
GUSTAVO MUCI FACCHIN
Profesor de la Universidad Metropolitana
- § 25. LA ACTIVIDAD DE DESREGULACIÓN DE LOS MERCADOS COMO MECANISMO PARA EL FOMENTO DE LA COMPETENCIA
JOAQUIN DAVID BRACHO DOS SANTOS
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello
- § 26. LA PARTICIPACIÓN DE ORGANIZACIONES REPRESENTATIVAS DE CLIENTES O USUARIOS EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA DE CIERTOS ENTES GREMIALES (ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN DEL CONSEJO BANCARIO NACIONAL)
GUSTAVO A. GRAU FORTOUL
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela
- § 27. REGULARIZACIÓN DE LA TENENCIA A FAVOR DE LOS OCUPANTES ILEGALES DE TIERRA URBANA
JUDITH RIEBER DE BENTATA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 28. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE RESCATE DE TIERRAS REGULADO EN LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO
ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

- § 29. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACUICULTURA EN VENEZUELA Y SUS CONSECUENCIAS.
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACUICULTURA Y LA VIABILIDAD DE IMPORTACIÓN DE POST-LARVAS DE CAMARONES PARA SU INTRODUCCIÓN EN GRANJAS DE CRÍA DE CAMARONES CON FINES DE MEJORAMIENTO GENÉTICO DE LA ESPECIE
ANA ELVIRA ARAUJO GARCÍA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

QUINTA PARTE

EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

- § 30. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CANTIDADES RETENIDAS POR CONCEPTO DE IMPUESTO AL VALOR AGREGADO. PROCEDIMIENTO PARA SU RECUPERACIÓN Y POSIBILIDADES DE SU COMPENSACIÓN Y CESIÓN
JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela
- § 31. APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LA BASE IMPONIBLE EN EL IMPUESTO MUNICIPAL A LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS (IMAE)
LUIS FRAGA PITTALUGA
Profesor de la Universidad Monteávila

SEXTA PARTE

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

- §32. A IMPRESCINDÍVEL NATUREZA CONSTITUCIONAL DA AÇÃO ADMINISTRATIVA E SEUS INSTRUMENTOS OPERACIONAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: ALGUMAS PROBLEMATIZAÇÕES
ROGÉRIO LEAL
Profesor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil
- § 33. EL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA VIS EXPANSIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO
JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.
Profesor de la Universidad Monteávila y Universidad Central de Venezuela. Sub Director de la Revista de Derecho Público

- § 34. LA TUTELA DEL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DESTITUCIÓN DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
CARLOS LUIS CARRILLO
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Central de Venezuela y Universidad Libre de Colombia
- § 35. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y SU APLICABILIDAD RESPECTO DE LOS ÁMBITOS DE ACTUACIÓN DEL PODER PÚBLICO
CATERINA BALASSO
Profesora de la Universidad de Central de Venezuela
- § 36. NOTAS SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
GUSTAVO LINARES BENZO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Sub Director de la Revista de Derecho Público 2000-2002
- § 37. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NORMATIVA POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VENEZOLANA
JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
- § 38. LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS PARTICULARES
DUILIO DAVID MATHEUS
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 39. LAS RECLAMACIONES EN EL SISTEMA DE SALUD ESPAÑOL
ZULIMA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Profesora de la Universidad Española de Salamanca, España
- § 40. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO APLICADA A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
MARÍA VERÓNICA ESPINA MOLINA
Abogado Universidad Católica Andrés Bello
- § 41. LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
CLAUDIA BRICEÑO
Abogado Universidad Católica Andrés Bello

SÉPTIMA PARTE**LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

- § 42. DERECHO DE PETICIÓN Y ACCIÓN JUDICIAL DE CARA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PANAMEÑA
JAVIER ERNESTO SÉLLER MUÑÓN
Abogado, Panamá
- § 43. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO
ROMÁN J. DUQUE CORREDOR
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
- § 44. JUICIO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN MÉXICO
JOSEFINA PONCE
Licenciada en Derecho, México
- § 45. DE LOS SISTEMAS DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA: SUS RIESGOS FUNDAMENTALES Y SU PROYECCIÓN CONTEMPORÁNEA
MARIANO R. BRITO
Rector de la Universidad de Montevideo, Uruguay
- § 46. LA ORALIDAD EN EL ORDEN JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVO
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
- § 47. LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS PÚBLICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO
GUSTAVO BRICEÑO VIVAS
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela
- § 48. ANÁLISIS JURISPRUDENCIA SOBRE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS RECURSOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS DE ANULACIÓN CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO
ALFREDO ROMERO MENDOZA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Y AEL DE JESÚS BELLO TORO
Abogado Universidad Católica Andrés Bello
- § 49. LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARGENTINO
JORGE LUIS SALOMÓN
Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo

OCTAVA PARTE**LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

- § 50. COMPETENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 51. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
MARGARITA ESCUDERO LEÓN
Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela
- § 52. LA INCONSTITUCIONAL PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO DE 2001 DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN VENEZUELA
ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO
Profesor de la Universidad Metropolitana y Universidad Central de Venezuela
- § 53. LA FACULTAD DE REVISIÓN DE SENTENCIAS DESPUÉS DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
JESÚS M. CASAL H.
Decano Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello

PRÓLOGO

Allan R. Brewer-Carías

Director de la Revista de Derecho Público

La idea de fundar la *Revista de Derecho Público* me surgió en 1979, cuando ya tenía 19 años dedicado al estudio del derecho público, vinculado como estaba al Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, donde había ingresado como auxiliar de investigación en 1960.

Para ese momento no había en Venezuela ninguna Revista jurídica editada por particulares, y la Editorial Jurídica Venezolana, como entidad privada fundacional, la habíamos fundado Isabel Boscán de Ruesta y yo sólo unos años antes. Por otra parte, durante los años sesenta y setenta del Siglo pasado, en Venezuela no había casas editoriales particulares que se dedicaran a la edición de libros jurídicos. Las únicas instituciones que editaban libros jurídicos eran las propias Facultades de Derecho de nuestras Universidades Nacionales (Universidad Central de Venezuela, Universidad de Carabobo, Universidad de los Andes y La Universidad del Zulia) y de las Universidades privadas (Universidad Católica Andrés Bello); y en cuanto a las Revistas jurídicas, de nuevo, sólo las Facultades de Derecho así como algunas instituciones públicas, como el Ministerio de Justicia, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y algunos Colegios de Abogados, las publicaban con regularidad intermitente. Mis primeros trabajos jurídicos escritos como estudiante, incluso, habían aparecido en la Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, en la Revista del Ministerio de Justicia y en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Las viejas Revistas jurídicas privadas, como las que habían dirigido juristas como Luis Loreto o Luis Gerónimo Pietri, habían quedado en la historia de la primera mitad del Siglo XX.

La tarea de crear una Revista jurídica independiente, por tanto, era un muy importante y significativo reto personal y académico que se me planeaba, sobre todo en una comunidad jurídica no habituada a tenerla. Debo incluso confesar que mi idea inicial fue que la Revista fuera el órgano de divulgación oficial del Instituto de Derecho Público, al cual para ese momento continuaba perteneciendo vitalmente como director de la Sección de Derecho Administrativo; pero fueron voces autorizadas como las del propio Director del Instituto y del Decano de la Facultad de Derecho, las que por razones y motivaciones bien diferentes me disuadieron de tal propósito. Por ello, el recordado profesor Antonio Moles Caubet, en su "Presentación" publicada en el primer número de la *Revista de Derecho Público* en 1980, después de destacar la influencia que ya para entonces el Instituto de Derecho Público que él dirigía, tenía "en la Cátedra, la Administración Pública, la Diplomacia, la magistratura y el ejercicio profesional"; corriente que también debía alimentar la Revista, como "su centro de imputación", enfatizó que "esta Revista resulta por tanto absolutamente impersonal. No pertenece a ninguna institución, a ningún grupo ni a ninguna persona. Es sencillamente la materialización de una corriente de pensamiento en el que encuentra su propia identidad".

Y así surgió y así ha sido la Revista, para lo cual la Fundación Editorial Jurídica Venezolana asumió el compromiso de su edición. La Revista, por tanto, no es ni ha sido de institución alguna; ha sido, es y seguirá siendo de la comunidad jurídica de administrativistas y *jus* publicistas que se ha formado y desarrollado en el país en las últimas décadas, y a los cuales, gracias a Dios, he estado en una forma u otra vinculado. Precisamente por ello, a lo largo de estos 25 años que han transcurrido desde que salió el primer número de la Revista, los Consejos de Redacción y Consejos Consultivos han variado en su composición, buscando sucesiva y progresivamente incorporar a los nuevos profesores de derecho público en las tareas de la Revista. Los más viejos, siempre seguirán teniendo la Revista como suya.

Los meses precedentes a la aparición del primer número de la Revista, por tanto, fueron meses de programación hacia futuro de algo completamente nuevo en el país, respecto de lo cual, por supuesto, no sabíamos como iba a reaccionar la comunidad jurídica general y especializada. Para dicha programación comencé por hacer un exhaustivo estudio comparado de todas las Revistas jurídicas importantes del momento, que recibíamos en el Instituto, particularmente de España, Italia y Francia; y me convencí de que la nueva Revista no podía ser sólo una revista para publicar estudios, artículos y comentarios monográficos jurídicos, como eran y han seguido siendo las Revistas jurídicas institucionales. Entre otros factores, una revista de ese tipo no requiere de la urgencia de la regularidad, y de allí su carácter intermitente.

Al contrario, desde el inicio pensé concebir una Revista que tuviera algo más que artículos doctrinales o comentarios monográficos, de manera que además de por ellos, su edición fuera esperada por los lectores por algo más, que fuera de interés permanente.

Yo había dedicado muchas horas, desde 1960, al estudio y recopilación de la jurisprudencia en materia de derecho administrativo y derecho constitucional de las antiguas Corte federal y Corte Suprema de Justicia, desde cuando comencé en ese año a colaborar con el Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia. Como resultado de ese trabajo, antes de que saliera el primer número de la Revista, ya había publicado los 8 volúmenes de mi *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974* y *Estudios de Derecho Administrativo*, donde había recopilado y sistematizado 45 años de doctrina jurisprudencial. Sabía del interés que había despertado esa obra, en la cual por primera vez se había mostrado en el país la labor creadora del juez constitucional y del juez contencioso administrativo, hasta esos años totalmente desconocida. Hacia finales de los setenta, por otra parte, además, ya había comenzado a funcionar la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la cual iniciaba la riquísima labor jurisprudencial que la caracterizó. Todo ello, por supuesto, me llevó a concebir la Revista con el contenido esencial de jurisprudencia constitucional y administrativa que la caracteriza, y que la ha hecho permanentemente atractiva, siguiendo para ello la sistematización que había diseñado para la obra anteriormente mencionada.

Pero concebida la idea de la Revista y de su programa, faltaba lo más importante, que era identificar y escoger a las personas que me pudieran acompañar en esta empresa. Yo tenía el compromiso vital de sacarla y de que fuera duradera, para lo cual requería de colaboradores que tuvieran el mismo grado de compromiso. Tuve la fortuna de encontrar dicha persona, en la abogada Mary Ramos Fernández, quien había trabajado conmigo desde sus años de estudiante. Desde el inicio me acompañó en la edición de la Revista como Secretaria de la Redacción, y lo más importante, en la tarea cotidiana de recopilar y seleccionar las sentencias de la entonces Corte Suprema de Justicia, ahora Tribunal Supremo de Justicia, y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y estudiar

y sistematizar la jurisprudencia en la forma de presentación y clasificación que siempre ha aparecido en la *Información Jurisprudencial* de todos los números de la Revista. No sólo yo debo agradecer la colaboración de Mary durante todos estos años, sin la cual la Revista simplemente no hubiera podido aparecer, sino que creo que todos los lectores y usuarios de la Revista tenemos que agradecerle su callada y permanente dedicación, sin lo cual no dispondríamos todos de este instrumento tan importante para conocer la realidad jurídica venezolana. Durante los últimos años, Marianella Villegas se ha incorporado al trabajo de estudio y sistematización jurisprudencial, habiendo también realizado una tarea importantísima, que igualmente quiero agradecer muy especialmente.

Otras personas han colaborado con nosotros en la tarea de la preparación de la Revista, y particularmente debo mencionar, en la elaboración de la sección sobre *Información Legislativa*, la fundamental colaboración recibida, durante los primeros lustros, de Ana María Ruggeri, del Instituto de Derecho Público y luego Magistrada de la Corte primera de lo Contencioso Administrativo. Posteriormente, en esa misma sección, la colaboración de Caterina Balasso y de Marianella Villegas, también ha sido fundamental. Sin la colaboración de todas, siempre oportuna, la Revista no hubiera aparecido como es.

En la dirección de la Revista, después de muchísimos años de llevarla con la sola colaboración de Mary Ramos, en los tiempos difíciles de los últimos años he contado con la colaboración sucesiva como Sub-Directores, de Gustavo Linares Benzo, a quien quiero especialmente agradecerle su ayuda, y ahora, de José Ignacio Hernández, quien con toda la juventud y a la vez madurez académica que tiene, me ha prestado una colaboración invaluable, que también quiero agradecerle.

La edición de la Revista, durante muchos años, fue posible por la combinación entre la Editorial Jurídica Venezolana gerenciada por Mary Ramos y la labor tipográfica que se pudo engranar con Editorial Arte, empresa que en su momento le dio un soporte muy especial, el cual también desde aquí debo agradecer. Luego vino la nueva tecnología de producción editorial; desapareció la tipografía y con ella el plomo y la tinta, y pasamos entonces a producir la Revista directamente, para poder mandarla en arte final a las imprentas. En ello inicialmente colaboró Francis Gil, a quien de nuevo debo agradecerle toda su colaboración en esta y tantas otras actividades; y luego, la tarea a estado en manos de Mirna Pinto, sin cuyo trabajo actual la Revista difícilmente pudiera aparecer. Mi agradecimiento también por toda su dedicación.

La Editorial Jurídica Venezolana, ahora excelentemente gerenciada por Gabriela Oquendo, ha continuado consintiendo a la Revista, y de allí que pueda seguir apareciendo regularmente. Por su entusiasmo e interés en la Revista, todo mi agradecimiento a Gabriela, y especialmente, además, por el nuevo y renovado impulso que le ha dado a la Editorial, lo que ha permitido que siga siendo la Editorial Jurídica de Venezuela.

Lo que la *Revista de Derecho Público* ha significado para el avance del derecho público en Venezuela, bien lo saben sus lectores y usuarios, como resulta de los testimonios recogidos en este libro, quienes a pesar de los extraordinarios y utilísimos avances que hemos tenido en Venezuela para la consulta de las sentencias del Tribunal Supremo en su página web, la siguen buscando para conocer las líneas de la actividad decisoria de sus Salas.

En todo caso, que una Revista jurídica llegue a 100 números, es algo que debe celebrarse; y qué mejor forma de hacerlo que a través de una obra colectiva publicada en homenaje a la misma. De allí este Libro, sobre El derecho Público a los 100 números de la *Revista de Derecho Público*, cuya edición ha sido posible por la entusiasta colaboración de todos los que en él han escrito, y a quienes agradecemos su fidelidad con la Revista, con su Revista.

Febrero, 2006

TESTIMONIOS

Con ocasión de los primeros Cien números de la Revista de Derecho Público:

Nuestro juicio: A nuestro entender, el valor de la Revista de Derecho Público es incalculable, ha constituido una sólida y constante fuente de interpretación, análisis y difusión del Derecho Administrativo nacional y extranjero. Ha sido por igual un abrevadero indispensable para conocer el día a día de la interpretación jurisprudencial de esa destacada rama de nuestro Derecho y, en fin, un estímulo y acicate para el estudio de esta cada vez más importante especialidad. Ella ha brindado adecuada oportunidad a nuestros noveles autores en la materia, para expresar sus atinadas opiniones y medio de divulgación de las más novedosas tendencias y escuelas contemporáneas del Derecho Administrativo.

Brewer Carías y sus seguidores en la tarea emprendida por la Revista, de nuevo nos han brindado un invaluable instrumento de trabajo, tal como nos lo tiene acostumbrado facilitar el primero citado.

Nuestro deseo: que se pueda mantener esta loable publicación por otros muchos cientos de nuevos números, con su mismo contenido y calidad científica.

Alberto Baumeister Toledo

Es motivo de satisfacción general, para nuestro gremio de abogados, y para el mundo jurídico académico y universitario, este aniversario de la Revista de Derecho Público, la cual ha sido sin duda un instrumento de gran ayuda para la pesquisa científica, tanto del estudiante, como del investigador, del docente, del litigante y del juzgador, por la seriedad y la profundidad con la que se abordan los temas del derecho público, y por la variedad de sus contenidos, en los ámbitos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales. Ha sido para mí un honor haber participado con algunos trabajos, y un beneficio haberme servido de sus paginas en mi ejercicio profesional y en mi actividad docente. Congratulaciones a quienes la han dirigido.

Alberto Blanco Uribe

La Revista de Derecho Público ha cumplido una función relevante de divulgación del desarrollo de las ciencias jurídicas y ha sido un valiosísimo instrumento de las tareas de docencia e investigación que se realizan en Venezuela. Su ininterrumpida publicación hasta el número 100 es digna de encomio para el equipo excepcionalmente competente que la ha mantenido en pie y que ojalá la sostenga mucho tiempo más.

Alfredo Morles

Eran los inicios del año 1980 cuando salió el N° 1 de la Revista de Derecho Público, como iniciativa de Randy, (Prof. Dr. Allan R. Brewer-Carías), a través de la Editorial Jurídica Venezolana, constituida en conjunto por él e Isabel Boscán de Ruesta.

El escenario de la Revista era el Instituto de Derecho Público, sabiamente creado por el maestro de todos nosotros, Antonio Moles Caubet, alrededor de una biblioteca que poco a poco fue convirtiéndose en la mejor biblioteca de derecho público, en especial administrativo, del país. Los cubículos nuestros bordeaban esa biblioteca y una larga mesa de madera fuerte, con sus sillas, que llamábamos parafraseando al Dr. Moles, “el seminario de Stammler”.

“Nosotros” éramos Randy, el prof. Di Stéfano, Armando y Nélsón Rodríguez, Judith Bentata, Nelson Socorro, Ana María Ruggeri, Gustavo Urdaneta, Jesús Caballero, Leopoldo Ustáriz, Manuel Rachadel, Alfredo Arismendi, y quien suscribe.

Visitaban con frecuencia el Instituto para consultar algún libro y comentar o discutir un tema que les interesara, Luis H. Farías Mata, Orlando Tovar (q.e.p.d.), Isidro Morales (q.e.p.d.), Hildegard Sansó, Pérez Luciani, Pérez Olivares, Cecilia Sosa, Luis Castro (q.e.p.d.) y Hans Leu (q.e.p.d.), entre otros. Este fue el ambiente académico que vivió el inicio y desarrollo de la Revista. Con los años, mudaron la biblioteca y se acabó el Instituto. Gracias a la perseverancia de Randy y Mary Ramos, secretaria perpetua de la Revista, la Revista de Derecho Público mantiene el mismo nivel intelectual y orientadora de criterios que la ha caracterizado. Le auguramos, al menos, otros 200 números.

Ana Elvira Araujo García

Indudablemente la Revista de Derecho Público es la primera gran publicación periódica con la que contamos quienes nos hemos dedicado a las diversas ramas del Derecho Público (Administrativo, Constitucional, Internacional Público, Derecho de la Integración). Felicitaciones a la Revista por llegar a su Número 100 y esperamos que continúen apareciendo otros centenares más.

Andrés Álvarez

La publicación del n° 100 de la Revista de Derecho Público, convoca a la reflexión, en cuanto a lo que ha significado para quienes desde diferentes perspectivas nos vinculamos con la materia pero con mayor razón para quienes hemos estado cerca de su origen y su desarrollo. Y esta cercanía nos permite dar testimonio de que no se trata de un acontecimiento casual. Es producto de la persistencia, la tenacidad y el buen manejo.

Luego de 25 años de vida, cobran redoblada fuerza las palabras del Maestro Moles, al presentar su primer número, cuando advirtió que la Revista era, más que una esperanza, el testimonio del ascenso logrado por el Derecho Público Venezolano. Hoy, el testimonio se hace más valioso, y se convierte en reserva intelectual, adquiriendo el carácter de acervo de esperanza, por mejores destinos para el Derecho Público Venezolano.

Armando Rodríguez García

Cómo tratar de premiar el esfuerzo, la dedicación, organización, selección y trabajo que envuelve la presentación en cada tomo de la Revista de Derecho Público de uno de sus temas más importantes, la recopilación de la Jurisprudencia Administrativa y Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Quién puede desentenderse del significado que para los que estudian o son especialistas en Derecho Público, tuvo, desde su inicio, la contundente, prolija y ordenada información que ha brindado, y espero lo siga haciendo, el capítulo de la Jurisprudencia en la Revista. En mi condición de abogado en ejercicio y de ex magistrado, todo el temario de la Revista y en especial el de la recopilación de la jurisprudencia, configuraron un punto de apoyo, una extraordinaria ayuda en la investigación y tratamiento de los temas de la especialidad. No dudo que los estudiantes y abogados de las nuevas generaciones, en la lucha que deben asumir por la supremacía de la legalidad en nuestro país, al volverse en búsqueda de ayuda e información en la Revista, aplaudirán su existencia, como antes lo hemos hecho otros. Esa será la garantía de su permanencia y perdurabilidad y, en fin, el reconocimiento de su valor.

Armida Quintana Matos

El anuncio de que la Revista de Derecho Público alcanza editar, desde ya, su número 100, concita regocijo y también no poca sorpresa. No es fácil, en efecto, sostener con vida larga a una Revista especializada, jurídica por lo demás, de carácter doctrinal y de información jurisprudencial, en un país y dentro de una realidad que, como los nuestros, medran atezados por la cultura del presente. Casi como que fuésemos en tanto que nación, en esencia, hijos de la circunstancia.

De modo que, sólo la tenacidad de quienes con su reflexión y con su pluma se han ocupado de nutrir las páginas de la Revista, de una manera constante y paciente, explican la realidad de su milagro.

En todo caso, la Revista de Derecho Público no solo cuenta hoy con perfil muy propio, que la separa de la mayoría de nuestras Revistas Jurídicas: suerte de memoriales o de “pedacerías”, sino que destaca por su clara vocación de instrumento práctico y metódico para la consulta de actualidad. Pero, antes bien, es la muestra palpable en cuanto a que, a pesar de la inflexión histórica, política e institucional que hoy acusa Venezuela, paradójicamente y quizá por ello mismo, nuestra escuela constitucional y administrativa logró madurar y no ha sufrido mengua en su perfil y fortalezas logrados. De allí, pues, mis parabienes para la Revista, para su fundador, el Profesor Allan R. Brewer-Carías, y para quienes junto a él, son sus verdaderos artesanos.

Asdrúbal Aguiar

La Revista de Derecho Público representa una experiencia sin precedente en la historia del Derecho en Venezuela. Es importante resaltar que se trata de un esfuerzo sostenido no estatal a lo largo de los años, para divulgar el derecho público en sus diversas perspectivas de estudios doctrinarios, la crónica legislativa nacional y la crónica jurisprudencial, así como los análisis críticos de la jurisprudencia. Se trata por tanto de una muestra de la producción de varios operadores del derecho público: abogados en ejercicio y profesores universitarios, legisladores, jueces, funcionarios

de la administración pública e incluso invitados internacionales. Es un esfuerzo plural y sin exclusiones, donde ha podido publicar todo el que ha querido. Muchos autores aparecemos listados entre sus colaboradores, pero muchos otros cuyos nombres no aparecen expresamente mencionados, merecen también reconocimiento, entre ellos legisladores, jueces, consultores, asesores, asistentes, ayudantes, y otros. La Revista de Derecho Público ha contribuido de manera única a desarrollar el derecho público en Venezuela y ha sido una herramienta esencial para su estudio y aplicación. Por ello es un esfuerzo digno de continuar en nuestro país y además de ser imitado en ésta y en las otras áreas del derecho.

Carlos Ayala Corao

Muy distinguido, grupo de redactores, colaboradores, es significativo el momento, en el que arriban a su publicación número 100; para desearles las mas sinceras, felicitaciones a todos los que componen, el Excelente Grupo de la Revista de Derecho Público; que con esfuerzo y dedicación aportan a sus lectores, temas de interés; convirtiéndose así, en una herramienta de información de gran prestigio, que cada día motiva a su lectura; y que ha pasado a formar parte de mis obras más queridas por su amplio contenido jurídico. Reciban mi Cordial felicitación y sigan en tan loable labor de provecho a la humanidad.

Carlos Mendoza

Dentro de las Revistas jurídicas venezolanas se encuentra en sitial de honor, por su alta calidad y perdurabilidad durante un cuarto de siglo, lo que constituye la verdadera enciclopedia del ius publicum en nuestro país: nuestra muy apreciada "Revista de Derecho Público", editada por la Editorial Jurídica Venezolana.

El tratamiento y divulgación que por medio de la misma se ha venido haciendo de la normativa, jurisprudencia y doctrina iuspublicista durante los años 80, 90 del siglo XX y lo que va del siglo XXI ha contribuido a un desarrollo sin precedentes en nuestra cultura jurídica, colocándonos en lugar privilegiado en Ibero América.

Por ello, festejamos con júbilo el arribo a los primeros cien números de la "Revista de Derecho Público", con renovadas esperanzas de que el esfuerzo contenido en ella se mantenga y profundice, en aras de colaborar con una mas eficaz y eficiente actuación del Estado y a una mejor protección de los derechos de los ciudadanos respecto de la conducta de aquel, mediante una razonable aplicación de la Constitución y la legislación derivada.

Carlos Urdaneta Sandoval

Para muchos la Revista de Derecho Público se constituye en un valioso material de consulta especializada. Para mi, la Revista es eso y mucho más: es lo que me enseñó el valor que tiene la sistematización y ordenación de la información; es la herramienta que me permitió publicar un libro y es también un ejemplar incomparable de constancia y tenacidad: al tiempo que otros ejemplares de publicaciones periódicas jurídicas espe-

cializadas, de las cuales ha sido ejemplo paradigmático, han aparecido y desaparecido a lo largo de su existencia, la Revista de Derecho Público ha continuado existiendo, brindándonos la posibilidad de adquirir y enriquecer conocimientos sobre los temas tratados por sus articulistas, así como de conocer novedades legislativas y consultar la doctrina jurisprudencial de nuestros Tribunales, la cual no debe olvidarse que estuvo disponible -por años- casi exclusivamente a través de esa publicación.

Caterina Balasso Tejera

La Revista de Derecho Público ha representado para mí una herramienta fundamental de consulta y aprendizaje desde mis años universitarios en los que me formaba como pasante del Escritorio Baumeister & Brewer, época de oro en la que tuve el gran privilegio de presenciar el trabajo minucioso para la elaboración de cada uno de los ejemplares de la Revista, bajo la coordinación, dedicación y pasión de la Dra. Mary Ramos y la supervisión estricta de cada detalle por parte del Dr. Allan Brewer-Carías. Ahora, momento en que se edita el ejemplar número 100 de esta valiosa Revista para el derecho público en nuestro país, no me queda más que felicitar a su consejo de redacción y auparlos, en esta época de confusión que vive nuestro país, a continuar con este invaluable proyecto.

Claudia Briceño de Muci

Aprendí a manejar la Revista de Derecho Público en el -valga la redundancia- Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Me estrenaba allí como pasante, conformando un equipo que, para esos días, iniciaba una misión más que innovadora: alimentar una base de datos de jurisprudencia a ser utilizada por la extinta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, único tribunal que entonces contaba con computadoras. La Revista fue la primera fuente de esa base de datos: ella plasmaba gran parte del trabajo necesario para alimentarla... y lo sigue plasmando. Han pasado ya catorce años, algunos más de los que en esos días tenían trabajando en ella los hacedores de la homenajead. Es una institución. Ha salvado y seguirá salvando los obstáculos que impone la historia... ¡Por otros cien números!

Claudia Nikken

Cuando estudiaba el segundo año de la carrera de Derecho en la Universidad Central de Venezuela, tuve la oportunidad de consultar algunos artículos publicados en la Revista que eran recomendados por los profesores, a los efectos de profundizar algunos tópicos que eran explicados en clase. Especialmente, resultaba fascinante el orden temático de la jurisprudencia ahí compilada. Máximo cuando empecé a trabajar como pasante de la Profesora Magdalena Salomón de Padrón, Miembro del Comité Asesor de la Revista, quien siempre me motivó a revisar los artículos publicados en la Revista, cuya colección se encontraba en el Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, de la UCV, así como las sentencias que fueran de interés para los trabajos de estudio e investigación encomendados por ella. Desde ese momento

hasta hoy día, han transcurrido más de diez años, y no he dejado de consultar la Revista, más aún siendo Profesora de Derecho Administrativo, condición ésta que me permite conversar con mis alumnos acerca de la existencia de ensayos, opúsculos y otros trabajos que circulan a través de la Revista de Derecho Público, así como lo importante que es para su formación ir manejando la bibliografía en el área mediante la Revista.

Cosimina Pellegrino Pacera

Sin querer pasar por viejo, cuando estudié en la UCAB, no existía Internet, por ende para hacer cualquier investigación había que acudir a las bibliotecas disponibles, normalmente la del abogado a quien uno le trabajaba como pasante.

Cualquier investigación en materia de derecho público comenzaba por revisar la Revista de Derecho Público. En esta fuente podías obtener información bastante actualizada de la doctrina y jurisprudencia en materia de derecho constitucional y administrativo.

Actualmente mi actividad profesional esta más relacionada al derecho privado y por tanto acudo poco a la Revista. Sin embargo, mi recuerdo de estudiante universitario se asocia en forma directa a la Revista de Derecho Público. Fue una herramienta vital y no puedo pensar en la Universidad sin tener la Revista presente.

Desmond Dillon

La Revista de Derecho Público es como esos amigos incondicionales que están siempre ahí aún cuando no los veamos todos los días. Esos amigos que sirven de apoyo en los momentos en los cuales se necesita un buen consejo. Esos amigos que crecen, se desarrollan, evolucionan, pero que en esencia siguen siendo los mismos. Así es la Revista, siempre ahí, en constante desarrollo, evolucionando, pero a la vez, siempre manteniendo su esencia: la calidad y actualidad de los artículos, el orden cartesiano de la información legislativa y los extractos de jurisprudencia que nos han facilitado el trabajo siempre. Y es que suena muy fácil decirlo, pero cien números, 25 años, con la Revista siempre ahí, tomando el pulso al derecho público venezolano, es para mí un ejemplo de constancia que se agradece y se aprecia. Se agradece y se aprecia mucho más en estos tiempos en los cuales parece prevalecer el deseo de destruir instituciones.

La Revista de Derecho Público es una institución que permanece y que nos llena de orgullo y de agradecimiento infinito a las personas que la hacen posible y principalmente a Allan Brewer-Carías por ser el padre de la criatura y a Mary Ramos porque, como los buenos amigos y como la Revista, ella siempre ha estado y estará ahí. Muchísimas gracias.

Dolores Aguerrevere

Cuando el profesor Allan R. Brewer-Carías emprendió la formidable empresa de fundar una Revista de Derecho Público en Venezuela no sólo aportaba al empeño su propia, excepcional calidad, sino que asumía también el reto de que sería secundado por una verdadera comunidad intelectual, la única capaz de asegurar la continuidad de una empresa de ese carácter.

Tanto el Director, felizmente reinante, como su escuela han hecho el milagro de esa continuidad. Ha sido una magnífica demostración concluyente de que el Derecho Público venezolano ha alcanzado ya un punto de madurez que no puede ignorarse y de que su peso en la vivencia efectiva de los valores propios de un Estado de Derecho será creciente y segura, por encima de eventuales dificultades, en la marcha histórica de la nación venezolana.

Eduardo García de Enterría

Desde que inicié mis estudios de Derecho Público, en particular de Derecho Administrativo, conté con la Revista de Derecho Público como un eje fundamental. Si bien los libros de Jean Riveró, Allan Brewer-Carías, Agustín Gordillo, José González Pérez o Eduardo García de Enterría con otros de similar estatura intelectual formaban la biblioteca básica, sólo la Revista de Derecho Público cumplía la función de mantenerme actualizado en los temas puntuales más importantes, en el análisis de la jurisprudencia más reciente y relevante, y en la producción intelectual en esta área del Derecho. Además, la Revista siempre le ha dado cabida a los que se inician en las actividades intelectuales en el Derecho Público.

La Revista de Derecho Público ocupa un lugar clave en nuestra Biblioteca, tanto en la particular como en la del Centro Iberoamericano de Derecho Público que tengo el honor de dirigir, siendo consultada obligatoriamente por quienes desean conocer en profundidad nuestro sistema normativo público.

Fortunato González Cruz

La Revista de Derecho Público constituye la fuente de consulta más importante para los interesados en esa disciplina jurídica. Toda la colección es reveladora del desarrollo que ha tenido el derecho público en nuestro país en los últimos 25 años. La circunstancia de haberle dado cabida en sus páginas, sin restricciones de ninguna índole, a los diversos sectores del pensamiento jurídico, nacional y extranjero, es prueba elocuente de su interés en la divulgación de las ideas y de su afán de enriquecer las diversas corrientes que pugnan por ganar adeptos en una disciplina de por sí muy exigente. De otro lado, han servido estos primeros cien números para demostrar que todo propósito noble termina por imponerse, independientemente de los obstáculos o contratiempos que traten de impedirlo. !! Felicitaciones al Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público.

Freddy J. Orlando S.

La Revista de Derecho Público ha sido una herramienta fundamental e indispensable para todo abogado que se dedique al derecho administrativo o regulatorio en Venezuela. La Revista es pionera en la publicación de artículos que cubren prácticamente todos los temas de interés en el área. Los resúmenes de jurisprudencia han sido una ayuda para los litigantes para citar en los escritos y para mantenernos al día con los precedentes más recientes.

La constancia y la excelencia en la publicación ha sido también un rasgo permanente de la Revista. Por ello nos sentimos muy orgullosos de este aniversario de la Revista.

Fulvio Italiani

La Revista de Derecho Público es una de las mejores Revistas de América Latina en materia de Derecho Público, no sólo por el aporte doctrinario que siempre confiere, sino por la ayuda que ofrece a los profesionales del Derecho cuando debemos actualizarlos, tanto en la jurisprudencia como en las leyes. Felicitaciones por la Revista número 100, y especialmente a todo el personal que en ella labora.

Gustavo Briceño Vivas

Muy pocas revistas académicas o culturales alcanzan cien números, en Venezuela y en el mundo. Recuerdo ahora la Revista Nacional de Cultura y las de las Facultades de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello. Así que el número cien de la Revista de Derecho Público es un hito cultural en el país, en sí mismo y también por su influencia en la vida jurídica venezolana.

En lo personal era un sueño verse publicado en la Revista de Derecho Público, y todavía recuerdo el día en que ello ocurrió por primera vez. Es la referencia obligada de quienes se dedican al Derecho Público, primero, y luego de todo abogado venezolano. La calidad de los artículos, plurales que recogen todas las corrientes del pensamiento jurídico hace muy atractiva la Revista de Derecho Público. Pero su gancho fundamental ha sido y es la jurisprudencia, organizada y escogida con tino gracias al trabajo paciente, constante y excelente de Mary Ramos.

Tuve el honor de ser subdirector de la Revista de Derecho Público entre los años 2000 y 2002. En esa época logramos construir varios números sobre la nueva Constitución, con plumas preclaras como Pedro Nikken, Luis Salamanca, Carlos Ayala y José Ignacio Hernández, de todas las corrientes que confluyeron en la redacción del texto fundamental. Fue una tarea muy grata, de esas que recuerdan que lo importante debe sobreponerse a lo urgente.

La Revista de Derecho Público es una muestra más de la capacidad de trabajo de Allan Brewer-Carías y sobre todo de su generosidad, en este caso académica. No hay quien tenga algo que decir sobre Derecho que no haya escrito en la Revista de Derecho Público, aunque discrepe de la opinión de Brewer o incluso la contradiga en los mismos artículos que allí publica (como ha sido el caso algunas veces).

Gustavo Linares Benzo

Quiero expresar mi profunda admiración y respeto académico y profesional por el impacto que ha tenido para la estructura y difusión del Derecho Administrativo, en particular, y del Derecho Público, en general, en Venezuela, la Notable Revista de Derecho Público, concebida desde principios de 1980 por el profesor Allan R. Brewer-Carías, y coordinada, en cuanto a su redacción, por la abogada Mary Ramos Fernández.

Nunca serán suficientes las naturales expresiones de agradecimiento por ello, sentidas muy sinceramente por quienes hemos sido beneficiarios de tan colosal esfuerzo, pilar fundamental de los aspectos sustanciales y jurisprudenciales de la existencia misma del Derecho Público Venezolano.

Henrique Iribarren Monteverde

La Revista de Derecho Público es la publicación más importante de América Latina en el orden científico e intelectual. Recuerdo cuando se editó el primer volumen, soñábamos con que algún día pudiese compararse con las Revistas europeas de su tipo, que para entonces algunas de ellas tenían más de un siglo de existencia. El volumen número 100 de nuestra Revista es testimonio de un sueño hecho realidad, sobre todo ha sido, la mejor oportunidad para que los jóvenes abogados pudiesen publicar sus ideas, así cuando yo tenía no más de veinticinco (25) años me dio mi primera oportunidad y publiqué un trabajo que me produjo inmensa satisfacción. Han pasado otros veinticinco (25) años en los que la Revista ha expuesto y concentrado la vanguardia del pensamiento jurídico contemporáneo en el campo del derecho público.

Mi mas profundo agradecimiento a la oportunidad que se me brindó y en espera de al menos otros veinticinco (25) años, felicito a todos quienes con su aporte han hecho posible esta Revista, en especial a Mary Ramos, el alma y corazón de la Revista de Derecho Público.

Humberto Briceño León

Al elaborar el proyecto “Ulpiano” del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, que reúne en su página electrónica las referencias bibliográficas de las publicaciones periódicas nacionales, la primera Revista que se tomo en consideración para su automatización fue, por supuesto, la Revista de Derecho Público. Su excelente contenido, el altísimo nivel de sus colaboradores y su continuidad, tan inusual en el mundo de las publicaciones periódicas guió esta decisión. La incansable y fiel colaboración de la Dra. Mary Ramos hace que esto sea posible y que se haya llegado al número 100 de la misma. Felicito a la Dra. Ramos y al Director de la Revista, el Dr. Allan R. Brewer-Carías.

Irene de Valera

En 1975, cuando apenas contaba con un año de graduada de abogada, envié a la redacción de la Revista un pequeño ensayo sobre “La Revisión de la Regulación de Alquileres y sus Consecuencias”, y generosamente se me dio la oportunidad de que fuera publicado; versaba sobre un tema que en ese momento era muy controvertido a la vista de la ya derogada Ley de Regulación de Alquileres. La Revista ha sido siempre una ventana donde han podido publicar jóvenes y se han podido debatir temas de actualidad en su momento y por ello ha sido un hito en las publicaciones jurídicas serias y que han promovido planteamientos que después han servido, como en el caso comentado, para que en futuras legislaciones se corrigieran vicios y se dieran mejores orientaciones a las normativas por venir. Así que no solamente los respetados “consagrados” han tenido cabida en sus páginas, también los mas jóvenes tuvimos nuestra oportunidad, lo cual agradezco desde la perspectiva de los treinta años transcurridos.

Irma Lovera De Sola

La Revista a la que se rinde homenaje, es un excelente instrumento de trabajo que ha sabido afrontar y sobrevivir la crisis de nuestros tiempos, tan aguda en el ámbito jurídico.

Para mí, su importancia está fuera de duda, y durante mi vida profesional en ella he encontrado una valiosa riqueza en razón de que trata las cuestiones básicas que un profesional del derecho debe manejar: legislación, jurisprudencia y doctrina, ofreciendo en consecuencia, la información necesaria.

Mi deseo ferviente es que se mantenga en el tiempo y que Dios bendiga a quienes han hecho posible su existencia con su esfuerzo y constancia.

Isabel Boscán de Ruesta

Me correspondió el honor de escribir en el ejemplar n° 1 de la Revista de Derecho Público que apareció en el primer trimestre de 1980 y, desde esa fecha, me encuentro ligado a la misma. Hace más de veinticinco años que apareció el primer ejemplar de esta Revista y, de inmediato, se convirtió en la referencia obligatoria para todos los jupublicistas. No sólo la doctrina era una sección de importancia, sino la legislación y la jurisprudencia que trimestralmente se producía.

Como todas las iniciativas de Allan R. Brewer-Carías, la misma se encontraba estrechamente vinculada al Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela y, por ello, todos quienes integrábamos dicho Instituto la considerábamos como algo nuestro. Siempre esperábamos ansiosos su aparición.

Ha sido Allan R. Brewer-Carías, indiscutiblemente, el primer propulsor de los estudios de Derecho Administrativo en nuestro país y eso lo revela, no sólo la importante Revista de Derecho Público que dirige, sino el reciente Libro Homenaje del cual ha sido objeto.

Jesús Caballero Ortiz

La Revista de Derecho Público ha sido para mí muy especial.

No solamente porque con ella comencé a hacerme especialista en Derecho Administrativo sino, también porque la Revista de Derecho Público fue la que me permitió afrontar mi primera gran responsabilidad en esa área, mas allá de los meros estudios formales. En efecto, corría el año 1992, ya terminando mi Especialización en Derecho Administrativo en la UCAB, cuando fui llamado por el que con el transcurrir de los años se ha convertido en mi maestro particular de Derecho Administrativo: el Dr. Gustavo Urdaneta Troconis. Era mi profesor de Régimen Municipal en la especialización cuando quiso que lo acompañara en sus nuevas responsabilidades como magistrado de la antigua Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Ante semejante reto, que me iba a dar de verdad el título de especialista mas que la UCAB, a lo que recurrí fue a la Revista de Derecho Público y déjenme decirles que me hizo quedar muy bien porque gracias a ella y sobretodo a su excelente recopilación jurisprudencial, única en su época, pude enfrentarme a los expedientes en los que tuve que hacer proyectos de sentencias. En ese momento di gracias a Dios y al Dr. Brewer por hacer posible tan invaluable aporte al Derecho como es la Revista de Derecho Público, que todavía hoy sigue siendo muy útil.

Jorge Luis Suárez M.

La Revista de Derecho Público ha sido la primera aproximación seria y perdurable en el tiempo de una glosa de la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa en Venezuela, combinada con un sistema de sumarios e índices organizativos y sistemáticos que permiten la referencia fluida a todas las decisiones sobre temas específicos a través del tiempo. Ello constituye un instrumento invaluable para la investigación. Igualmente, la Revista de Derecho Público ha servido como instrumento de divulgación de trabajos de diversos autores nacionales y extranjeros en temas de derecho público, así como de promoción del debate académico sobre tales temas.

Mi relación con la Revista de Derecho Público desde mis tiempos de estudiante de derecho ha sido bien enriquecedora y ha contribuido de manera muy importante a mi formación en el derecho público. El análisis de decisiones judiciales y la selección de los temas de doctrina judicial emanada de las mismas. La discusión de dichos temas con el equipo de la Revista de Derecho Público. La usual e interesante reflexión de Allan Brewer-Carías en dichas discusiones, siempre de manera educativa y amena. El seguimiento siempre cordial de Mary Ramos para tener listo el material a tiempo para el siguiente número. Todo ello constituye una de mis más agradables experiencias en mi relación con el Derecho Público. Una gran felicitación a Randy, a Mary, y a todo el equipo de la Revista de Derecho Público por este importante hito en la vida de la Revista, y que sean muchos números más.

Jorge Neher

Recuerdo, casi ocurrió ayer, cuando Allan Randolph Brewer-Carías, Randy para sus amigos, me obsequió un formulario de suscripción a la Revista de Derecho Público. Recibí el regalo en 1980 con motivo de mi cumpleaños. Me pareció, cómo decirlo, un regalo “curioso”, a fin de cuentas, primera impresión, sólo era un delgado trozo de cartulina. En ese entonces contaba yo con 18 años. La Revista y la Editorial Jurídica Venezolana daban en ese entonces sus primeros pasos, y yo por mi parte me aprestaba a iniciar mis estudios de Derecho. Por ese obsequio, por ese gesto, es que tengo en casa todos y cada uno de los números de la Revista de Derecho Público, muchos de ellos agotados desde hace años.

Años después, siendo estudiante de Derecho, tuve el privilegio de trabajar en la edición de un par de números de la Revista, catalogando jurisprudencia junto al propio Randy y a Mary Ramos. En ese entonces la edición del material, de la jurisprudencia, era un trabajo manual, y en la imprenta aún se laboraba con plomo. Ya graduado tuve la fortuna de ver algunos de mis trabajos de investigación publicados en la Revista y también de ser invitado a formar parte en el Consejo de Redacción de la Revista.

Por todo eso, y por muchas otras cosas, de corazón celebro la edición de este singular número de la Revista.

José Antonio Muci Borjas

Llegar al número 100 de una Revista en Venezuela constituye un verdadero milagro. La historia de nuestra hemerografía nos demuestra que fuera de las publicaciones de algunas Academias ni siquiera las Universidades han podido mantener ese ritmo. Asistí al nacimiento de la Revista de Derecho Público y pude percibir que se trataba de una

empresa titánica no sólo por las coordinadas científicas que la estructuraban sino también porque detrás estaba un escritor que además tenía la audacia del editor y la visión del sabio. En realidad varias publicaciones periódicas venezolanas han bebido su inspiración en esta obra maestra del pensamiento jurídico nacional.

Felicito al Dr. Allan Randolph Brewer-Carías y si Dios le da vida llegará con éxito al número 200.

José Del Rey

Durante sus primeros veinticinco años, la Revista ha sido testigo y protagonista de la evolución del Derecho Público venezolano. De referencia obligada, ha dejado su impronta a través de sus cien primeros números. Adentrarse en sus páginas constituye un apasionante viaje por la historia contemporánea del Derecho Público, que es, también, historia de la propia evolución del Estado. En una disciplina tan cambiante como el Derecho Público, la permanencia de la Revista constituye un sólido anclaje así como una guía fiel y permanente. Por ello, la labor de su Director, el profesor Allan R. Brewer-Carías, y del equipo de redacción que lo ha acompañado en este cuarto de siglo, son ejemplos de constancia y perseverancia en un entorno signado por lo casual y efímero.

José Ignacio Hernández G.

Me complace altamente la publicación N° 100 de la Revista de Derecho Público y con ese motivo deseo felicitar efusivamente a su Director, Dr. Allan Brewer-Carías, a la Secretaria de Redacción, Abogada Mary Ramos y colaboradores, así como a la Editorial Jurídica Venezolana por el esfuerzo en ofrecernos un vehículo de difusión y análisis crítico de la jurisprudencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, que vino a cubrir una sentida carencia en nuestro medio, aunado a los importantes comentarios de doctrina sobre temas de derecho público que ella contiene. Esta Revista, que nació con vocación de permanencia y el tiempo transcurrido evidencia su fidelidad a este concepto, ha sido para mí, tanto en ejercicio de la magistratura judicial como en la docencia universitaria, un valioso y útil instrumento de apoyo de frecuente consulta.

Josefina Calcaño de Temeltas

La Revista de Derecho Público siempre ha constituido una obra de lectura obligada. Desde nuestros tiempos de estudiante, pasando así mismo, por nuestro ejercicio profesional del Derecho y nuestra labor académica como profesores de derecho público, la Revista siempre ha sido de obligatoria lectura y recomendación. En ella siempre encontramos los temas de análisis y estudio del Derecho Público e igualmente conseguimos la mejor doctrina y la sistematización de resoluciones administrativas y de la jurisprudencia. La obra de la Revista de Derecho Público siempre ha estado presente desde el momento de su fundación de manera constante y permanente en Venezuela mostrando la evolución de las instituciones del derecho público venezolano. Por último, a través de la Revista de Derecho Público hemos podido estar en contacto con los más reputados profesores y catedráticos del Derecho Público a nivel internacional, así como viajar con su lectura a la realidad jurídica de distintos países, efectuando un ejercicio de

derecho comparado. Valga el reconocimiento para su Director fundador Allan R. Brewer-Carías así como para Mary Ramos Fernández por su excelente labor en todos estos años.

Juan Domingo Alfonso Paradisi

Si la conmemoración de todo aniversario encierra una conquista, alcanzar los 100 números en la vida de una revista jurídica es rigurosamente una hazaña que habla bien a las claras de la alta distinción intelectual de sus páginas y de quien, desde el inicio de su andadura ha guiado y dirigido sabiamente sus pasos, el profesor Allan R. Brewer-Carías. Desde esta otra orilla del Atlántico, dedicar este reconocimiento a la Revista de Derecho Público es, pues, no sólo un acto de estricta justicia, que nos acerca y hermana un poco más con Venezuela y con las mejores de sus gentes, sino una apelación también para que continúe en la brecha, permitiéndonos, como hasta ahora, beneficiarnos de sus valiosas aportaciones.

Luciano Parejo Alfonso

La Revista de Derecho Público es un hito en nuestro país. Pionera y única en su género, la Revista ha combinado como ninguna posterior los aportes de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia contencioso administrativa y constitucional, lo cual ha hecho con rigor científico, resistiendo las naturales dificultades editoriales y los embates del tiempo. Nuestro Estado de Derecho, nuestra Administración Pública y nuestra Democracia, mucho deben a la Revista de Derecho Público. Sin duda, un auténtico ejemplo de constancia, compromiso y dedicación (al punto que ya llega a 100 números!, lo que es extraordinario), la Revista ha sido la referencia en el campo del Derecho Público e igualmente ha servido de guía y ejemplo a otras Revistas posteriores.

En suma, la Revista ha sido, actualmente es, y sin duda será en nuestro futuro, un invaluable aporte en el campo científico, el cual todos debemos agradecer.

Gracias Brewer, gracias Mary, y gracias a todos los que han colaborado con la Revista.

Luis A. Ortiz-Álvarez

Cien años en la vida de todo ser es ya un suceso digno de ceremonia en toda cultura. Pero si ese ser es una publicación de características definidas cuyo primer valor es la constancia y la superación del desasosiego y la desesperanza, hay motivos de regocijo y halagos. Alguien dijo que un editor es el que separa el grano de la paja e imprime la paja. No es este el caso de la Revista de Derecho Público, fuente viva de transmisión del pensamiento del Derecho de hoy, increíblemente superándose a sí misma. Nunca sería completo ni veraz un testimonio sobre la Revista de Derecho Público, sin un reconocimiento expreso al Profesor Allan Brewer-Carías, a mi juicio y sin mezquindades, uno de los más preclaros exponentes calificados del Derecho a nivel mundial. Honra se debe por igual a todos aquellos colaboradores de la Revista cuyos artículos y comentarios han hecho posible una siembra indestructible del pensamiento jurídico y moderno en la materia del Derecho Público.

Luis Guillermo Govea U.

Felicitaciones a la Revista de Derecho Público!

Alcanzar éste ejemplar N° 100, por sí solo demuestra su trascendencia para nosotros los Abogados.

Manuel Baumeister A.

En nuestro país, el estudio y el ejercicio profesional del Derecho Administrativo y, en general, del Derecho Público, estuvieron reservados durante muchas décadas a los profesores universitarios de las materias respectivas, lo que no ocurría con el Derecho Civil y Mercantil y con el Penal. Tres circunstancias fueron determinantes en el fenómeno que se ha llamado la popularización del Derecho Administrativo: en primer lugar, la creación de nuevos tribunales contencioso administrativos, como fueron el Tribunal de la Carrera Administrativa, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y, sobre todo, los tribunales superiores de lo contencioso administrativo. En segundo lugar, la vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que otorgó medios eficaces a los ciudadanos para defender sus derechos frente a las inmunidades del poder. Y, en tercer lugar, la publicación de la Revista de Derecho Público, que puso al alcance de los abogados en ejercicio, y no solamente de los profesores, las novedades de la legislación y de la jurisprudencia y las opiniones de especialistas nacionales y extranjeros sobre los temas del Derecho Público.

Todo ello contribuyó a crear un sistema jurídico político fundamentado en el derecho y un respeto a los derechos de las personas, en una forma como no se había visto en nuestra accidentada vida republicana.

Manuel Rachadell

Haber alcanzado un centenar de números editados es la mayor evidencia de la calidad de la Revista. La Revista de Derecho Público me es particularmente familiar: por ser hija de abogados, tuve mi primer contacto con ella en la biblioteca de mi casa, desde su primer número en 1980, cuando si acaso jugaría a ser abogada, fue ocupando cada vez un poco más de espacio, no imagino una biblioteca sin ella.

En la Revista de Derecho Público siempre he encontrado información actualizada, de calidad y sistematizada; es mi primera referencia, tanto para recomendar lecturas a mis alumnos en la Universidad, como para emprender la redacción de cualquier consulta o recurso. La Revista de Derecho Público es una de mis mejores herramientas de trabajo, en sus páginas he esclarecido muchas dudas y me ha enseñado infinidad de cosas.

María Alejandra Correa

Mi primer acercamiento al mundo del derecho administrativo se produjo en el año 1979, cuando ingresé a la Procuraduría General de la República, como asistente legal en Dirección de Asuntos Patrimoniales. Para ese momento estudiaba tercer año de derecho y en lo académico nos contactábamos con esta área del saber jurídico, al cursar la materia derecho administrativo I. Y fue, precisamente, en tal cargo que conocí esta magnífica publicación que es la Revista de Derecho Público. No había investigación en las que indefectiblemente se nos inquiriese: “¿revisaste la Revista de Derecho Públi-

co?”. Luego, como profesional y profesora en esa área del derecho, así como en los años de juez de lo contencioso administrativo, la *Revista de Derecho Público* siguió siendo texto de consulta fundamental. Esta Revista es un instrumento de apoyo al investigador de singular valía, pues combina doctrina, jurisprudencia y legislación. Además sirve de portal para los nuevos juristas, pues, de la mano de su mentor, el profesor Brewer-Carías, allí se da espacio a los trabajos de sus alumnos del post-grado, en mis tiempos en la materia Derecho Administrativo profundizado, beneficio con el cual me privilegió el maestro. Especial mención debe hacerse a la investigación jurisprudencial que a lo largo de todos estos años ha realizado Mary Ramos. Destaca no sólo su esfuerzo y constancia, sino la calidad de la recopilación y sistematización. Este meritorio trabajo nos permite afirmar que la *Revista de Derecho Público* merece, por su excelencia, la consideración de fuente primaria del Derecho Administrativo en Venezuela.

María Amparo Grau

Durante todo mi desarrollo profesional he estado vinculada al Derecho Administrativo, una rama del derecho tan dinámica que requiere de estudio y actualización constante, y, en ese sentido, la Revista de Derecho Público constituye uno de los textos de obligada consulta para quienes hemos escogido dedicarnos a este campo del Derecho, pues, no sólo contiene una magnífica recopilación y sistematización, tanto de la jurisprudencia más reciente como de la legislación, sino también estudios monográficos que nos plantean criterios novedosos sobre temas de interés y la visión de excelentes profesionales sobre aspectos jurídicos relevantes, tanto para quienes se encuentran en el seno de la Administración Pública, como para aquellos que se dedican a la defensa de los administrados. En la actualidad, para mí es un motivo de orgullo pertenecer a esta Revista, que personal y profesionalmente me ha aportado grandes satisfacciones, y, por supuesto, no deja de constituir una gran satisfacción el poder hoy celebrar su publicación número 100. Mi agradecimiento al Dr. Allan R. Brewer-Carías y a la Dra. Mary Ramos Fernández por tan excelente oportunidad.

Marianella Villegas Salazar

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

Olivio A. Rodríguez Huerta

La Revista de Derecho Público ha marcado un hito en este tipo de publicaciones. Su influencia en el desarrollo actual del Derecho público en Venezuela ha sido determinante al permitir contar con un medio de expresión de ideas contrapuestas, lo que sin duda permite el desarrollo científico de esta ciencia. Siendo el contenido del Derecho público tan amplio, ella permite que todas las manifestaciones del mismo tengan cabida en sus páginas, enriqueciendo de esta manera el conocimiento de esta rama del derecho por parte de todos aquellos que de una u otra manera lo trajinan.

Oswaldo Anzola

Escribir un testimonio sobre la Revista de Derecho Público me resulta especialmente grato, desde que su primer número coincide, precisamente, con mis primeros encuentros con esta materia a la que he dedicado mi ejercicio profesional y académico. Desde mis tiempos de estudiante la Revista de Derecho Público ha sido texto fundamental de consulta y acceso a una muy valiosa expresión del conocimiento jurídico. Y esta misma experiencia me ha acompañado a lo largo del ejercicio profesional y desempeño docente en las cátedras de derecho administrativo y contencioso administrativo, ya por más de 20 años. Un centenar de publicaciones es por sí solo un acontecimiento que amerita ser resaltado, pero además debe destacarse que se trata de una Revista pionera en el derecho público y, como tal, protagonista en el inmenso desarrollo de esta área en Venezuela. El profesionalismo de su edición y la variedad de su contenido, así como la oportunidad que brinda al foro para expresar criterios, comentarios y posiciones sobre temas de derecho público la convierten en un patrimonio indispensable para quienes nos dedicamos al derecho público en Venezuela.

Rafael Badell Madrid

Cuando comencé la especialización en Derecho Administrativo (UCAB, 1989), mi sueño era adquirir la colección completa de la Revista de Derecho Público. Al poco tiempo, compré casi toda la colección -salvo el número 1, una especie de "incunable" que no hay manera de conseguir-; y ello significó para mí la mejor ayuda en mis estudios, tanto por la seriedad científica de los artículos, como por lo actualizado de la legislación y la jurisprudencia patrias.

*Al recibir el título de Especialista (1992), mi sueño era ver publicado un trabajo mío en esa prestigiosa Revista, hasta que -¡aleluya!- tuve la inmensa alegría de que mi estudio *La Experticia y los Informes Técnicos como Medios de Prueba en el Derecho Administrativo*, apareciera en la Revista de Derecho Público N° 61-62 (1995). Y al cumplir 15 años de iniciada mi especialización (2004), recibí el grato regalo de ser invitada a formar parte del Consejo de Redacción de la Revista, lo cual todavía estoy celebrando, a Dios Gracias.*

Rosibel Grisanti De Montero

La aparición de la Revista de Derecho Público hace apenas 25 años, cambió los hábitos de estudio del Derecho Público en general y del Derecho constitucional y administrativo en especial, dado que sistematizó con vigor científico estas ramas de la ciencia jurídica e influyó positivamente en varias generaciones de abogados que se formaron con ella, muchos de los cuales inclinaron su vocación profesional hacia la especialización en el Derecho constitucional o administrativo. Tal hecho permite sostener que la Revista de Derecho Público tiene un pasado glorioso del cual enorgullecerse y un futuro esperanzador, pues está llamada a seguir siendo el centro de encuentro de los juristas, para construir el Derecho Público que exige la sociedad del Siglo XXI.

Víctor Hernández-Mendible

En primer lugar quisiera que todos los amigos que enviaron sus maravillosos testimonios los cuales enriquecen este Libro Homenaje, reciban mi más profundo agradecimiento pues su presencia y sin duda sus trabajos han sido fundamentales en el éxito de esta travesía llamada REVISTA DE DERECHO PÚBLICO, y estoy segura de que así seguirá sucediendo con estas generaciones y las del futuro.

A nuestros usuarios fieles y estimulantes, mi reconocimiento por seguir su trayectoria lo que compromete nuestro esfuerzo para continuar aportando las herramientas necesarias en este campo del derecho. Gracias a su aceptación han sido nuestro mayor éxito.

A Allan Brewer-Carías mi agradecimiento de siempre por haberme confiado esta responsabilidad de compartir con él el compromiso de llevar a cabo este maravilloso proyecto, llamado REVISTA DE DERECHO PÚBLICO. Estos 100 ejemplares han significado para mi un aprendizaje constante, una formación sólida y un reto que algunas veces parecía imposible de alcanzar.

**Mary Ramos Fernández,
Secretaria de Redacción
de la Revista de Derecho Público**

Noviembre, 2005

PRIMERA PARTE
EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y
FUNCIONAL DEL ESTADO

§1. LA INTERVENCIÓN DEL PUEBLO EN LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela
Director Fundador de la Revista de Derecho Público

I. RIGIDEZ Y REVISIÓN CONSTITUCIONAL

El objetivo de los procedimientos de revisión constitucional como parte del pacto político contenido en la Constitución, es la preservación del mismo, de manera que no puedan éstas ser modificadas unilateralmente por grupos aislados, y más bien asegurar la participación de todos los componentes políticos de la sociedad. En principio, por tanto, las normas que los regulan tienen un marcado tinte conservador respecto de la Constitución y sus principios, por lo que los procedimientos establecidos para la revisión buscan lograr consensos.

Pero las Constituciones, como normas supremas reguladoras de la sociedad, en ningún caso pueden ser de carácter eterno ni estático, ni pueden pretender dejar políticamente congelada a la sociedad. Estas necesariamente cambian, como también cambian los sistemas políticos, por lo que la excesiva rigidez constitucional que impida la adaptación progresiva de la norma constitucional a la realidad, puede incluso conducir a lo contrario de lo perseguido, y provocar la consolidación de los cambios políticos por la vía de los hechos, los que luego consiguen en una u otra forma, alguna legitimación *ex post factum*.

La rigidez constitucional mediante la previsión de procedimientos específicos de revisión constitucional, por tanto, debe ser de tal naturaleza que el principio conservador del pacto político que estos buscan no sea el que conduzca por la vía de los hechos a su ruptura. Los principios y procedimientos de la revisión constitucional, por tanto, puede decirse que se mueven entre el conservadurismo y el cambio político, lo que es lo mismo que señalar que se mueven entre el derecho y los hechos.

Por tanto, si en una sociedad dada se producen cambios sustanciales de orden político y social, las normas relativas a la revisión constitucional o son capaces de canalizar las exigencias de los mismos y permiten la preservación del derecho o constituyen una resistencia insalvable que provoca la producción de los cambios pero por medio de los hechos. He allí el dilema de las previsiones constitucionales sobre procedimientos de revisión constitucional: que la excesiva rigidez del derecho puede conducir a su ruptura de hecho.

Ahora bien, todas las Constituciones de los países de América Latina fueron adoptadas a comienzos del Siglo XIX, con motivo de la declaración de independencia de España, por voluntad popular expresada a través de Congresos, Convenciones o Asambleas Constituyentes, las cuales en su momento asumieron el poder constituyente originario para la organización de los Estados con forma republicana.

Como constituciones rígidas, en ellas también se establecieron los procedimientos para su reforma o enmienda, como poder constituyente derivado, regulándose excepcionalmente la figura de la Convención o Asamblea Constituyente, como sólo sucedió en la Constitución Argentina (1853), la cual reguló una Convención (art. 30) constituyente, adoptando la terminología de la Constitución Norteamericana.

En todo caso, las Constituciones del Siglo XIX, por supuesto, durante los casi doscientos años que nos separan de los movimientos independentistas, han sido objeto de múltiples reformas pero en ellas no necesariamente se han seguido y respetado los procedimientos previstos para el poder constituyente derivado que regulaban las Constituciones, al punto de que por ejemplo, en la actualidad, casi todas las Constituciones vigentes de América Latina han sido el producto de Asambleas o Convenciones Constituyentes, las cuales en su momento asumieron el poder constituyente sin que necesariamente hubieran estado reguladas expresamente en los textos constitucionales precedentes, tal y como recientemente ha sucedido, por ejemplo, en Colombia (1991), en Ecuador (1998) y en Venezuela (1999).

Las Asambleas Constituyentes, por tanto, como mecanismos fácticos de revisión constitucional no son extrañas en la historia constitucional de América Latina, y para darse cuenta de ello, bastaría con citar un solo ejemplo, el de Venezuela, donde en múltiples oportunidades (1858, 1864, 1893, 1901, 1904, 1914, 1947, 1953) y luego de una ruptura del hilo constitucional como consecuencia de una revolución, una guerra o un golpe de Estado, se ha reformado la Constitución a través de dicho mecanismo de revisión constitucional sin que el mismo hubiese estado regulado jamás (hasta 1999) en el texto constitucional.

En efecto, cuarenta años después de que en 1858 el Congreso electo sancionara la Constitución de 1961 que originó el ciclo democrático en la historia del país, en 1998, en medio de la crisis que todavía sacude al sistema político venezolano, resultaba inevitable la necesidad de una nueva reconstitución del sistema político y del Estado, para lo cual por primera vez en la historia de Venezuela, sin violencia, y luego de un proceso de interpretación judicial de la Constitución, en 1999 se procedió a convocar una *Asamblea Constituyente* en democracia, para precisamente evitar la ruptura violenta del hilo constitucional y reconstituir el sistema político en libertad.

El hilo constitucional, sin embargo, fue efectivamente roto, pero por la propia Asamblea Nacional Constituyente que fue la que al asumir sin autoridad alguna el “poder constituyente originario”, dio un golpe de Estado contra la Constitución de 1961 y contra los poderes constituidos, particularmente, contra los órganos de representación popular (Congreso y Asambleas legislativas de los Estados) que habían sido electos un año antes (1998). La nueva Constitución sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, sin embargo, fue posteriormente aprobada mediante referéndum, con el cual se “legitimaría” el proceso constituyente precedente.

Las Constituciones pueden indicar expresamente, como por ejemplo lo dice el texto de la República Dominicana, que “la reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma que indica ella misma” (art. 120); pero lo cierto es que la revisión constitucional en América Latina, no siempre ha sido un proceso de jure, sino que en múltiples ocasiones ha sido producto de los hechos, cuyos resultados constitucionales luego han encontrado *ex post factum*, en una forma u otra, alguna vía de legitimación política.

Lo cierto, en todo caso, es que en casi 200 años de historia constitucional, en Venezuela por ejemplo, han funcionado dos Asambleas Constituyentes como instrumentos fundacionales del Estado (1811 y 1830) y las ocho Asambleas Constituyentes antes cita-

das, como mecanismos de revisión constitucional y ninguna había estado prevista en el texto constitucional precedente. La Constitución de 1999 ha sido por tanto, la primera en regular expresamente dicho modelo de revisión constitucional.

En todo caso, como se ha dicho, como todas las Constituciones rígidas del mundo contemporáneo, las Constituciones vigentes de los países de América Latina aprobadas en la forma escogida al sancionarse, establecen expresamente los procedimientos de revisión constitucional con trámites que son distintos a los establecidos para las reformas de la legislación ordinaria.

En estos procedimientos, en general, se ha asegurado no sólo la participación de los órganos de representación popular (Congresos o Asambleas Legislativas) para la revisión constitucional sino, en la mayoría de los casos, se ha asegurado la participación directa del pueblo (poder constituyente originario) mediante un proceso de votación sea para la elección de una Convención o Asamblea Constituyente o para la aprobación mediante referendo o plebiscito de la reforma constitucional. Estos procedimientos de revisión constitucional, por supuesto, al estar expresamente regulados en la Constitución, están sometidos al cumplimiento de la normativa constitucional que lo regula. La supremacía constitucional por tanto, puede decirse que se aplica incluso, para el ejercicio del poder constituyente regulado en la propia Constitución.

Estos procedimientos de revisión constitucional, en todo caso, se han regulado como *formas específicas de manifestación del poder constituyente derivado*, que las Constituciones han establecido, en términos generales en tres formas, según (i) que el poder constituyente se ejerza directamente por el pueblo; o (ii) que su ejercicio, en representación del mismo, se haya otorgado a los órganos de representación popular (Congresos o Asambleas Legislativas); o (iii) que se haya otorgado a una Asamblea o Convención Constituyente convocada al efecto.

En algunos países, incluso, se han regulado estos tres procedimientos de revisión constitucional, en paralelo, tal y como sucede por ejemplo en Colombia, donde el artículo 374 de la Constitución establece que:

Artículo 374. La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo.

Lo que es claro de las Constituciones latinoamericanas es que los procedimientos de revisión constitucional que ellas regulan, dada su supremacía se han establecido con carácter obligatorio, razón por la cual en sus propios textos se niega valor a toda reforma constitucional realizada mediante procedimientos no previstos en la Constitución. De allí, por ejemplo, la tajante declaración antes citada de la Constitución de República Dominicana, cuyo artículo 120 dispone que:

Artículo 120. La reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma que indica ella misma, y no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamaciones populares.

En sentido algo similar, la Constitución de Venezuela establece en su artículo 333 que:

Artículo 333. Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Por otra parte, tratándose de un poder constituyente derivado el que se regula en los propios textos constitucionales, el mismo tiene límites, no sólo en cuanto a los propios poderes que puede asumir el órgano constituyente en relación con los Poderes constituidos del Estado, sino en relación con las materias reformables o enmendables, por lo que muchas Constituciones, mediante cláusulas pétreas, excluyen de toda reforma determinados principios y disposiciones que se declaran inmutables, y por tanto, irrevisables o irreformables.

Ahora bien, nuestro objetivo en estas notas es analizar los casos en los cuales la revisión constitucional se regula en América latina como poder atribuido al pueblo como partícipe en el poder constituyente derivado

En efecto, muchas Constituciones de América Latina regulan la revisión constitucional atribuyendo el poder constituyente derivado directamente al pueblo, el cual debe expresar su manifestación de voluntad mediante la aprobación de la reforma a través de una votación realizada por vía de un referendo, de un plebiscito o de una consulta popular. En algunos casos, la participación del pueblo como poder constituyente se establece en forma exclusiva, como único procedimiento de revisión constitucional (Uruguay); y en otros casos, se establece como una de las alternativas de revisión constitucional, conjuntamente con otros procedimientos. Es el caso, por ejemplo, de Venezuela, Colombia, Paraguay, Guatemala y Costa Rica, donde además se regula el funcionamiento de una Asamblea Constituyente; y del Perú, Cuba, Chile, Ecuador y Panamá, donde además se atribuye al órgano legislativo la potestad de aprobar la reforma constitucional. En Colombia, además del procedimiento de revisión constitucional mediante referendo, se regula la Asamblea Constituyente y los Actos Legislativos de reforma constitucional aprobados por el Congreso.

II. LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL EJERCIDA EXCLUSIVAMENTE POR EL PUEBLO: EL CASO DE URUGUAY

En América Latina, sólo la Constitución de Uruguay atribuye al pueblo, en exclusividad, la posibilidad de aprobación de las reformas constitucionales mediante referendo. En efecto, el artículo 331 de la Constitución establece la posibilidad de su reforma total o parcial conforme a diversos procedimientos, los cuales siempre deben concluir con una aprobación de la misma mediante votación popular.

Los procedimientos para la reforma constitucional, por tanto, sólo varían según la iniciativa para la misma, que puede corresponder a la iniciativa popular, a la del órgano que ejerce el Poder Legislativo, o a los representantes en el mismo o al Poder Ejecutivo.

En primer lugar, se establece la posibilidad de que por iniciativa del diez por ciento de los ciudadanos, inscritos en el registro Cívico Nacional, se pueda presentar un proyecto de articulado que se debe elevar al Presidente de la Asamblea General, debiendo ser *sometido a la decisión popular*, en la elección más inmediata. En este caso, la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras puede formular proyectos sustitutivos que debe someter a la decisión plebiscitaria, juntamente con la iniciativa popular.

Para que el plebiscito sea afirmativo en este caso, se requiere que vote por “Sí” la mayoría absoluta de los ciudadanos que concurran a los comicios, la que debe representar por lo menos, el treinta y cinco por ciento del total de inscritos en el registro Cívico Nacional.

En este caso sólo se deben someter a la ratificación plebiscitaria simultánea a las más próximas elecciones, los proyectos que hubieren sido presentados con seis meses de anticipación -por lo menos- a la fecha de aquellas, o con tres meses para las fórmulas sustitutivas que aprobare la Asamblea General. Los que se presenten después de tales términos, se deben someter al *plebiscito* conjuntamente con las elecciones subsiguientes.

En *segundo lugar*, la revisión constitucional puede ser iniciativa de la Asamblea General, en cuyo caso, el artículo 331 establece dos procedimientos de reforma constitucional: mediante la aprobación de proyectos de reforma o mediante la aprobación de leyes constitucionales.

1. Iniciativa mediante proyectos de reforma constitucional

El inciso B del artículo 331 dispone que la Asamblea General también puede elaborar proyectos de reforma constitucional que deben reunir dos quintos del total de componentes de la Asamblea general, presentados al Presidente de la misma, los cuales deben ser sometidos al *plebiscito en la primera elección* que se realice.

Para que en este caso el plebiscito sea afirmativo también se requiere que vote por “Sí” la mayoría absoluta de los ciudadanos que concurran a los comicios, la cual también debe representar por lo menos, el treinta y cinco por ciento del total de inscritos en el registro Cívico Nacional.

En este caso sólo se deben someter a la ratificación plebiscitaria simultánea a las más próximas elecciones, los proyectos que hubieren sido presentados con seis meses de anticipación -por lo menos- a la fecha de aquellas. Los que se presenten después de tales términos, se deben someter al plebiscito conjuntamente con las elecciones subsiguientes.

2. Iniciativa mediante leyes constitucionales

El inciso D del mismo artículo 331 de la Constitución dispone que la Constitución también puede ser reformada por leyes constitucionales para cuya sanción se requieren los dos tercios del total de componentes de cada una de las Cámaras dentro de una misma Legislatura. Las leyes constitucionales no pueden ser vetadas por el Poder Ejecutivo y entran en vigencia luego que el *electorado convocado especialmente* en la fecha que la misma ley determine, exprese su conformidad por mayoría absoluta de los votos emitidos y serán promulgadas por el Presidente de la Asamblea General.

En *tercer lugar*, la iniciativa de la reforma puede partir del Poder Ejecutivo o de representantes ante la Asamblea General mediante la convocatoria de una Convención Nacional Constituyente. En tal caso, el inciso “C” del mismo artículo 331 de la Constitución dispone que los Senadores, los Representantes y el Poder Ejecutivo también pueden presentar proyectos de reforma, los cuales deben ser aprobados por mayoría absoluta del total de los componentes de la Asamblea General. Si el proyecto fuere desechado el mismo no podrá reiterarse hasta el siguiente período legislativo, debiendo observar las mismas formalidades.

Ahora bien, aprobada la iniciativa y promulgada por el Presidente de la Asamblea General, el Poder Ejecutivo debe convocar, dentro de los noventa días siguientes, a elecciones de una Convención Nacional Constituyente que debe deliberar y resolver sobre las iniciativas aprobadas para reforma, así como sobre las demás que puedan presentarse ante la Convención.

A los efectos de la elección de la Convención Nacional Constituyente, el artículo 331 de la Constitución dispone que el número de convencionales será el doble del de Legisladores, debiendo elegirse conjuntamente suplentes en número doble al de convencionales; siendo las condiciones de elegibilidad, inmunidades e incompatibilidades, las mismas que rigen para los Representantes. La elección debe realizarse por listas departamentales, rigiéndose por el sistema de la representación proporcional integral y conforme a las leyes vigentes para la elección de Representantes.

La Convención se debe reunir dentro del plazo de un año, contado desde la fecha en que se haya promulgado la iniciativa de reforma. Sus resoluciones deben tomarse por mayoría absoluta del número total de convencionales, debiendo terminar sus tareas dentro del año contado desde la fecha de su instalación. El proyecto o proyectos redactados por la Convención deben ser comunicados al Poder ejecutivo para su inmediata y profusa publicación.

El proyecto o proyectos redactados por la Convención deben ser *ratificados por el Cuerpo Electoral* convocado al efecto por el Poder Ejecutivo, en la fecha que haya indicado la Convención Nacional Constituyente.

En este caso, los votantes también deben expresarse por “Sí” o por “No” y si fueran varios los textos de enmiendas, se deben pronunciar por separado sobre cada uno de ellos. A tal efecto, la Convención Constituyente debe agrupar las reformas que por su naturaleza exijan pronunciamiento de conjunto. Sin embargo, un tercio de miembros de la Convención puede exigir el pronunciamiento por separado de uno o varios textos.

La reforma o reformas deben ser aprobadas por mayoría de sufragios, en número no inferior al treinta y cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el registro Cívico Nacional.

Por último debe señalarse que en todos los procedimientos de reforma constitucional antes indicados, si la convocatoria del Cuerpo Electoral para la ratificación de las enmiendas coincidiera con alguna elección de integrantes de órganos del Estado, los ciudadanos deben expresar su voluntad sobre las reformas constitucionales, en documento separado y con independencia de las listas de elección. Cuando las reformas se refieran a la elección de cargos electivos, al ser sometidas al plebiscito, simultáneamente se debe votar para esos cargos por el sistema propuesto y por el anterior, teniendo fuerza imperativa la decisión plebiscitaria.

III. LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL EJERCIDA POR EL PUEBLO (EN FORMA NO EXCLUSIVA) COMO ALTERNATIVA ENTRE OTROS PROCEDIMIENTOS

Salvo el caso del Uruguay donde siempre se requiere la participación popular para la aprobación de las reformas constitucionales, en los otros países latinoamericanos en los cuales se regula la participación del pueblo en el proceso de revisión constitucional, ello se establece con excepciones o en paralelo a otros procedimientos de revisión los cuales se realizan sin la aprobación popular de las reformas. Es el caso, por ejemplo, de Venezuela, Colombia, Paraguay, Guatemala y Costa Rica, donde además se regula el funcionamiento de una Asamblea Constituyente; y del Perú, Cuba Chile, Ecuador y Panamá, donde además se atribuye al órgano legislativo la potestad de aprobar la reforma consti-

tucional. En Colombia, además del procedimiento de revisión constitucional mediante referendo, se regula la Asamblea Constituyente y los Actos Legislativos de reforma constitucional aprobados por el Congreso.

1. El referendo constitucional y su excepción en el Perú

La iniciativa de reforma constitucional en el Perú corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral

De acuerdo con el Artículo 206 de la Constitución del Perú, toda reforma constitucional debe ser sometida a la consideración del Congreso, órgano que debe aprobarla con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y *ratificada mediante referéndum*.

Sin embargo, dispone la misma norma que puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

En todo caso, la ley de reforma constitucional no puede ser observada (objutada) por el Presidente de la República.

2. El referendo aprobatorio de reformas constitucionales en Colombia

En el caso de Colombia, como se dijo, el artículo 374 de la Constitución establece que la misma puede ser reformada mediante tres procedimientos: por el Congreso, mediante la sanción de actos legislativos; por una Asamblea Constituyente convocada al efecto o por el pueblo mediante referendo.

En los casos de aprobación de reformas constitucionales por el pueblo mediante referendo, la convocatoria al mismo debe realizarse en dos casos: en primer lugar, en algunos casos de reformas aprobadas por el Congreso mediante actos legislativos referidas a determinadas materias; y en segundo lugar, cuando para ello se produzca una iniciativa gubernamental o popular.

En efecto, en *primer lugar*, el artículo 377 de la Constitución exige que deben someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso mediante acto legislativo, cuando se refieran: 1) a los derechos reconocidos en el capítulo 1 del título II de la Constitución y a sus garantías, 2) a los procedimientos de participación popular, o 3) al Congreso; Y, además, si dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, así lo solicita un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. En este caso, la reforma se debe entender derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

En *segundo lugar*, conforme al artículo 378 de la Constitución, por iniciativa del gobierno o de los ciudadanos en las condiciones establecidas en el artículo 155 de la Constitución, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de miembros de ambas Cámaras, puede someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. En este caso, el referendo debe ser presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

Conforme al artículo 379 de la Constitución, en todos estos casos de actos legislativos, de convocatoria a referendo, o de consulta popular, los mismos sólo pueden ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución en el cual se regula la reforma constitucional. La acción pública contra estos actos sólo procede dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2 de la propia Constitución.

3. El referendo aprobatorio de las enmiendas y reformas constitucionales en Venezuela

En el caso de Venezuela, la revisión constitucional se puede realizar mediante la adopción de enmiendas y reformas que siempre requieren de la aprobación popular por la vía de referendo, o a través de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

En efecto, en *primer lugar*, los artículos 340 y 341 de la Constitución regulan las *Enmiendas constitucionales*, las cuales deben tener por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental; debiendo tramitarse conforme al artículo 341, en la forma siguiente:

1. La iniciativa puede partir del quince por ciento de los ciudadanos inscritos en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente de la República en Consejo de Ministros.
2. Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requiere la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se debe discutir, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes.
3. El Poder Electoral debe someter a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal.
4. Se consideran aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley relativa al referendo aprobatorio.
5. Las enmiendas deben ser numeradas consecutivamente y se deben publicar a continuación de la Constitución sin alterar su texto, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.

El Presidente de la República está obligado a promulgar las enmiendas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciere, se aplicará lo previsto en la Constitución (art. 346). En este último caso, se aplica el artículo 216 de la Constitución, el cual establece la obligación del Presidente y de los Vicepresidentes de la Asamblea Nacional de promulgar la ley cuando el Presidente de la República no lo hiciere en los lapsos respectivos.

En *segundo lugar*, en cuanto a las *Reformas constitucionales*, conforme al artículo 342 de la Constitución, las mismas tienen por objeto una revisión parcial de la misma y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional.

La iniciativa de la Reforma puede ser tomada por la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; o por un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

El artículo 343 de la Constitución regula el trámite de la iniciativa de reforma constitucional por la Asamblea Nacional en la forma siguiente:

1. El proyecto de reforma constitucional debe tener una primera discusión en el período de sesiones correspondiente a la presentación del mismo.
2. Una segunda discusión por Título o Capítulo, según fuera el caso.
3. Una tercera y última discusión artículo por artículo.
4. La Asamblea Nacional debe aprobar el proyecto de reforma constitucional en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la fecha en la cual conoció y aprobó la solicitud de reforma.
5. El proyecto de reforma se debe considerar aprobado con el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea Nacional.

El proyecto de reforma constitucional aprobado por la Asamblea Nacional, conforme lo exige el artículo 344 de la Constitución, debe ser sometido a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción. El referendo se debe pronunciar en conjunto sobre la reforma, pero puede votarse separadamente hasta una tercera parte de ella, si así lo aprobara un número no menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional o si en la iniciativa de reforma así lo hubiere solicitado el Presidente de la República o un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

La Reforma constitucional se debe declarar aprobada si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. La iniciativa de reforma constitucional que no sea aprobada no puede presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional (art. 345).

El Presidente de la República está obligado a promulgar las reformas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciera, se aplicará lo previsto en la Constitución (art. 346). En este caso, igual que en las enmiendas, se aplica el artículo 216 de la Constitución.

4. El referendo aprobatorio de las enmiendas constitucionales en Paraguay

Además del procedimiento para la reforma de la Constitución que se atribuye a una Convención Nacional Constituyente, la Constitución del Paraguay regula el procedimiento de la enmienda, que debe ser aprobada mediante referendo.

A tal efecto, el artículo 290 de la Constitución establece que transcurridos tres años de promulgada esta Constitución, podrán realizarse enmiendas a iniciativa de la cuarta parte de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, del Presidente de la República o de treinta mil electores, en petición firmada.

El texto íntegro de la enmienda debe ser aprobado por mayoría absoluta tanto en la Cámara de origen como en la Cámara revisora. Si en cualquiera de las Cámaras no se reuniese la mayoría requerida para su aprobación, se debe tener por rechazada la enmienda, no pudiendo volver a presentarse dentro del término de un año.

Aprobada la enmienda por ambas Cámaras del Congreso, su texto debe remitirse al Tribunal Superior de Justicia Electoral para que, dentro del plazo de ciento ochenta días, se convoque a un referéndum. Si el resultado de este es afirmativo, la enmienda quedará sancionada y promulgada, incorporándose al texto constitucional. Si la enmienda es derogatoria, no podrá promoverse otra sobre el mismo tema antes de tres años.

No se utilizará el procedimiento indicado de la enmienda, sino el de la reforma, para aquellas disposiciones que afecten el modo de elección, la composición, la duración de mandatos o las atribuciones de cualquiera de los poderes del Estado, o las disposiciones de los Capítulos I, II, III y IV del Título II, de la Parte I, referidos a derechos y garantías constitucionales, específicamente, el derecho a la vida, el derecho a un ambiente sano, el derecho a la protección de la libertad y seguridad personales, el derecho a la igualdad, y finalmente, los derechos de la familia.

5. El referendo aprobatorio de reformas constitucionales sobre cuestiones fundamentales en Cuba

De acuerdo con el artículo 137 de la Constitución de Cuba, corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular la aprobación de las reformas constitucionales; sin embargo, si la reforma se refiere a la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado o a los derechos y deberes consagrados en la Constitución, la misma requiere, además, la ratificación por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo convocado al efecto por la propia Asamblea.

6. La aprobación popular de reformas constitucionales en determinadas cuestiones constitucionales en Guatemala

En la Constitución de Guatemala se establecen dos procedimientos para las reformas constitucionales según la parte de la Constitución que deba ser objeto de la reforma: en primer lugar, si se trata de reformar el artículo 278 (que la regula la misma reforma constitucional) o cualesquiera de los artículos contenidos en el Capítulo I del Título II de la Constitución (Capítulo que regula los derechos individuales), la reforma debe hacerse mediante una Asamblea Nacional Constituyente; y en segundo lugar, si se trata de cualquier otra reforma constitucional, conforme al artículo 280 de la Constitución, es necesario que las reformas las apruebe el Congreso de la República con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados, pero las mismas sólo pueden entrar en vigencia una vez que sean ratificadas mediante la consulta popular a que se refiere el artículo 173 de la Constitución, el cual regula el procedimiento consultivo a que deben ser sometidas las decisiones políticas de especial trascendencia.

El mismo artículo 280 dispone que si el resultado de la consulta popular fuere de ratificación de la reforma, ésta entrará en vigencia sesenta días después que el Tribunal Supremo Electoral anuncie el resultado de la consulta.

7. El plebiscito aprobatorio de reformas constitucionales en caso de desacuerdo entre los poderes del Estado en Chile

En Chile, los artículos 116 y siguientes de la Constitución le atribuyen en general al Congreso Nacional la potestad de aprobar las reformas constitucionales. Ahora bien, una vez aprobado el Proyecto de reforma, el mismo debe ser enviado al Presidente de la República para su promulgación, quien puede rechazarlo, en cuyo caso, si el Congreso insiste en el proyecto, el Presidente debe promulgarlo, a menos que *consulte a la ciudadanía mediante plebiscito*.

Igualmente, en caso de que el Presidente formule observaciones parciales a un proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso, en caso de que ambas Cámaras insistieren en la parte del proyecto aprobado por ellas, se debe devolver al Presidente para su promulgación la parte del proyecto que haya sido objeto de insistencia, salvo que éste *consulte a la ciudadanía* para que se pronuncie mediante un plebiscito, respecto de las cuestiones en desacuerdo.

Conforme al artículo 119 de la Constitución, la *convocatoria a plebiscito* debe efectuarse dentro de los treinta días siguientes a aquél en que ambas Cámaras insistan en el proyecto aprobado por ellas, y se debe ordenar mediante decreto supremo en el cual se debe que fijar la fecha de la votación plebiscitaria, la que no podrá tener lugar antes de treinta días ni después de sesenta, contado desde la publicación de dicho decreto. Transcurrido este plazo sin que el Presidente convoque a plebiscito, se promulgará el proyecto que hubiere aprobado el Congreso.

El decreto de convocatoria debe contener, según corresponda, el proyecto aprobado por el Congreso Pleno y vetado totalmente por el Presidente de la República, o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso haya insistido. En este último caso, cada una de las cuestiones en desacuerdo deberá ser votada separadamente en el plebiscito.

El Tribunal Calificador deba comunicar al Presidente de la República el resultado del plebiscito, y debe especificar el texto del proyecto aprobado por la ciudadanía, el que debe ser promulgado como reforma constitucional dentro de los cinco días siguientes a dicha comunicación. Una vez promulgado el proyecto y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se deben tender por incorporadas a ésta.

8. La consulta popular de aprobación de reformas constitucionales en caso de urgencia o de abstención del Congreso en Ecuador

De acuerdo con el artículo 280 de la Constitución Política del Ecuador, la misma puede ser reformada por el Congreso Nacional o mediante consulta popular.

El sometimiento a consulta popular de la aprobación de reformas constitucionales, conforme al artículo 283 de la Constitución, se puede producir cuando así lo haga el Presidente de la República en casos de urgencia, los cuales deben ser calificados previamente por el Congreso Nacional con el voto de la mayoría de sus integrantes.

Además, también procede la realización de la consulta popular, cuando los proyectos de reforma se presenten ante el Congreso Nacional y éste no los haya conocido, aprobado o negado en un término de ciento veinte días contados a partir del vencimiento del plazo de un año, que se establece en el artículo 282 para dar comienzo al segundo debate para la aprobación de las reformas (art. 283).

En ambos casos se debe poner en consideración del electorado los textos concretos de la reforma constitucional los cuales, de ser aprobados, se incorporan inmediatamente a la Constitución.

9. La aprobación popular de reformas constitucionales en caso de desacuerdo entre dos legislaturas en Panamá

El artículo 308 de la Constitución de Panamá establece que a iniciativa de la Asamblea Legislativa, el Consejo de Gabinete o la Corte Suprema de Justicia, se puede iniciar el procedimiento de reforma constitucional, el cual necesariamente conlleva la consideración y aprobación por la Asamblea Legislativa de un Acto Legislativo con mayorías calificadas en dos Legislaturas subsiguientes. Si en la segunda Legislatura no se producen modificaciones, la reforma se considera aprobada; en cambio, si en esa segunda Legislatura se introducen modificaciones, entonces se requiere la aprobación popular mediante referendo de la reforma constitucional, sin que en la segunda el proyecto de reforma sufra modificación.

El mismo artículo 308 de la Constitución regula este procedimiento al establecer que la reforma constitucional puede ser aprobada por un Acto Legislativo aprobado en tres debates por la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa, en una legislatura, y aprobado igualmente, en tres debates, por mayoría absoluta de los miembros de la mencionada Asamblea, en la legislatura inmediatamente siguiente. En ésta se puede modificar el texto aprobado en la legislatura anterior.

El Acto Legislativo aprobado de esta forma debe ser publicado en la *Gaceta Oficial* y sometido a *consulta popular directa mediante referéndum* que se debe celebrar en la fecha que señale la Asamblea Legislativa, dentro de un plazo que no puede ser menor de tres meses ni exceder de seis meses, contados desde la aprobación del Acto Legislativo por la segunda legislatura.

El Acto Legislativo aprobado con arreglo al procedimiento señalado, empezará a regir a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial*, la cual debe hacerse por el Órgano Ejecutivo, dentro de los treinta días hábiles siguientes a su aprobación mediante referéndum, según fuere el caso, sin que la publicación posterior a dichos plazos sea causa de inconstitucionalidad.

10. La aprobación por referendo en las reformas parciales por acuerdo de la Asamblea Legislativa en Costa Rica

En Costa Rica se distinguen dos procedimientos para la reforma constitucional, según se trate de reforma general en cuyo caso se atribuye a una Asamblea Nacional Constituyente, o de una reforma parcial, que se sigue ante el órgano del Poder legislativo. En este procedimiento para la reforma parcial, dispone el artículo 8 de la Constitución que de conformidad con el artículo 105 del mismo texto, las reformas constitucionales *podrán someterse a referéndum* después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

2. LAS CONSTITUCIONES VENEZOLANAS DESDE 1947

Alfredo Arismendi A.

Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Director del Instituto de Derecho Público

La inestabilidad de un país se pone de manifiesto por el número de constituciones y Venezuela tiene el dudoso honor de haber tenido más de veinte (20), desde la primera de 1811 hasta la actual. No es fácil hablar de instituciones fundamentalmente sólidas ante tantas constituciones. Después de la Constitución de 1830, ninguna parece tener alguna vigencia y reflejar el mismo país. Pero la dificultad que se tiene de alcanzar alguna sistematización lógica no es tal, frente a un análisis científico y riguroso. Lo que es innegable, es la falta de vigencia de casi todas; pero son muy parecidas y se puede afirmar que sus contenidos poco varían y sus instituciones presentan cierta evolución.¹

Además todas las constituciones de la República no tienen el mismo valor; se distinguen entre ellas, la de 1830 y 1864. Las históricas de 1811, 1819 y la de 1821 hermosas en su contenido, que tan sólo fueron sueños que no llegaron a realizarse.²

La Constitución de 1830 fue la más realista al crear un sistema que aún perdura a pesar de la terminología demagógica de las constituciones posteriores que adoptaron el sistema federal y por lo menos tuvo la larga duración que nos deparó la dictadura de Páez.³

La Constitución de 1864, su sistema y sus ideas más importantes dejan una huella imborrable en la evolución del derecho constitucional posterior.⁴

Las reformas guzmancistas jamás fueron totales y se limitaron al número de estados, al voto, al período presidencial y a la integración del Poder Ejecutivo. Las diversas reformas constitucionales del siglo XX, no fueron más que parciales de pocos artículos.⁵

La única reforma que resultó total fue la de 1925, que después de las Constituciones de 1830 y 1864, puede considerarse, como antecedente de una verdadera Constitución hasta 1947.⁶

La Constitución de 1925, tiene el mérito de ser la primera que modifica la estructura fundamental de Estado Constitucional, consagrado por la Constitución de 1864, redactada por el Dr. Pedro M. Arcaya, consagró un nuevo sistema que reflejaba lo que ya predicaba la ciencia política moderna, pero con grandes concesiones al régimen dictatorial, del cual era un fervoroso aliado.

1 WOLF, Ernesto, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Tipografía Americana, Caracas, 1945, p. 19.

2 *Ibidem*, p. 20.

3 *Idem*.

4 *Idem*.

5 *Ibidem*, p. 21.

6 *Ibidem*, p. 34.

Puede afirmarse que la Constitución de 1925, estuvo vigente hasta 1945, por cuanto las ulteriores constituciones tan solo fueron reformas parciales.⁷

En 1935, el país no concebía las elecciones como fórmula para escoger sus gobernantes. Las elecciones efectuadas en 1936, no representaron un ejemplo de tradición electoral como institución democrática, por cuanto había ausencia de verdaderos partidos políticos.⁸

El triunfo electoral del sector oficialista era indudable por cuanto el sistema vigente sólo permitía el voto indirecto para diputados y senadores al Congreso de la República.⁹ Sin embargo, mediante la transición democrática que perseguía un sistema electoral más democrático, se consagró en una reforma constitucional de 1945 el sufragio directo para los miembros de la Cámara de Diputados. Sin embargo, tal reforma tímida y lógica a la vez por la incultura del pueblo, habría sido un riesgo digno de correr, si se hubiese extendido al voto directo de senadores y la consagración de la incompatibilidad de ser funcionario público y el sufragio pasivo, para impedir un poder legislativo al servicio del gobierno, con la atribución fundamental de elegir el Presidente de la República.¹⁰

La reforma constitucional de 1945, se concretó aún más con una ley electoral que instauró a media la representación proporcional de las minorías, y consagró normas para garantizar la autonomía de las mesas electorales.¹¹

Antes de la modificación constitucional de 1945, se consagraban normas que combinaban el sistema mayoritario con el sufragio directo para la escogencia de los miembros de los concejos municipales y de las asambleas legislativas en los estados.¹²

En 1945 los partidos políticos, en embrión, exigían la extensión del voto a todos los venezolanos sin excepción, es decir, sin la aplicación de la norma constitucional que consagraba el sufragio tan solo para los que supieran leer y escribir, lo que excluía, para la época, una gran mayoría de analfabetas.¹³

Esta expectativa democrática, parecía inalcanzable para la época. En Venezuela se consagró el voto para los iletrados en 1864 y hasta 1880, en la creencia ingenua de que los analfabetas, para esa fecha no existirían.¹⁴

La Constitución de 1936 restringía el voto activo y pasivo a los venezolanos varones, para excluir de una interpretación lógica del principio de la igualdad, a las mujeres. Sin embargo, mediante una tímida reforma como ya expresáramos, la reforma constitucional de 1945 consagró dos ridículas concesiones, a las luchas de las mujeres por el voto: 1) Las mujeres poseían bajo las mismas condiciones que los hombres el derecho al sufragio activo para los concejos municipales y 2) Las mujeres tenían derecho a desempeñar cargos públicos no electivos.¹⁵

En cuanto a la elección de las mujeres para concejales se reducía a un solo cargo. Los demás cargos públicos por elección, producto del voto directo para diputados al Congre-

7 *Idem.*

8 *Ibidem*, p. 208.

9 *Ibidem*, p.209.

10 *Idem.*

11 *Idem.*

12 *Idem.*

13 *Ibidem*, p. 214.

14 *Ibidem*, p. 216.

15 *Ibidem*, p. 218.

so de la República, o proviniese del cuerpo electoral para la elección del Presidente de la República, Procurador General o Contralor General era un derecho exclusivo de los hombres.¹⁶

La Constitución de 1945 no consagraba las modalidades de la elección en lo relativo al sufragio secreto o público.¹⁷

Hasta 1945, se puede afirmar que el sufragio activo y pasivo no tenía un papel relevante. Las elecciones eran tan solo una formalidad en el ejercicio del poder soberano. Fatalmente los gobiernos siempre manejaban los resultados, lo que no extrañaba la apatía de los ciudadanos por los procesos electorales, por estar conciente que los resultados serían los preparados por el gobernante de turno.¹⁸

La Constitución de 1947 es la primera que transforma en su totalidad el sistema político imperante desde 1925; la redactó y aprobó una Asamblea Nacional Constituyente convocada el 23 de octubre de 1945 que instauró un nuevo orden constitucional que reflejaba las aspiraciones más anheladas del pueblo venezolano. La Asamblea Nacional Constituyente instalada el 17 de Diciembre de 1946, sancionó el 5 de julio de 1947, la nueva Constitución de la República la cual establecía al fin un verdadero sistema democrático, que garantizaba a plenitud los derechos y garantías del pueblo venezolano. Tenía nueve títulos, entre los cuales habría que mencionar el Título IV “De la Soberanía y del Poder Público”. El Sufragio en las constituciones anteriores, era un derecho restringido por condiciones de capacidad y limitado al sexo masculino; ahora el sufragio se definía como un “derecho y función pública privativa de los venezolanos, pero, podrá hacerse extensivo para elecciones municipales y conforme a la Ley, a los extranjeros que tengan más de diez años de residencia ininterrumpida en el país”. “Son electores todos los venezolanos, hombres y mujeres, mayores de dieciocho años, no sujetos por sentencia definitivamente firme a interdicción civil ni a condena penal que lleve consigo la inhabilitación política”. “Son elegibles y aptos para el desempeño de cualquier cargo público, los electores que sepan leer y escribir, mayores de veintiún años, sin más restricciones que las establecidas en ésta Constitución y las derivadas de las condiciones de aptitud que, para el ejercicio de determinados cargos, requieran las leyes”. La Ley reglamentaría o el principio de la representación proporcional de las minorías y propenderá a que en los órganos electorales no predomine ningún partido o agrupación política”.¹⁹

Esta consagración del sufragio universal, sin más limitaciones que por razones militares, significó el ingreso definitivo de Venezuela al siglo XX.²⁰

La Constitución de 1947, por su origen, estructura y contenido es un paso de avanzada en la Historia Constitucional de Venezuela.²¹

Lo que se buscaba, pretendía y trataba de alcanzar lo expresó en pocas pero apasionadas palabras el gran poeta venezolano Andrés Bello:

16 *Ibidem*, 219.

17 *Ibidem*, 220.

18 *Ibidem*, 234.

19 Arts. 80, 81, 82 y 83.

20 Art. 99.

21 V., OROPEZA, Ambrosio, *La Nueva Constitución Venezolana 1961*, Italgráfica, Caracas, 1971, p. 85.

En el primer minuto del 5 de julio nació la nueva Constitución de Venezuela. Están calientes sus pañales, calientes de convencida lucha, calientes de acción de pensamiento y de pasión. Pasión, acción y pensamiento realizan los designios de los hombres cuando la acción está al servicio del pensamiento y la pasión se inspira en el pensamiento de servicio.

Aquí está, en estas páginas, el objeto primordial de la Revolución. Yo lo saludo y lo juro, como soberano de mi derecho; yo la saludo y la juro, como señora de mi conducta ciudadana. No la ofrecemos al mundo como obra perfecta, pero es hermosa, hermosa como su hermana primogénita. Nació del sufragio universal, contiene las más avanzadas providencias en legislación del trabajo, contiene lo más nuevo en la defensa social; entre sus hojas, con cuatro pétalos abiertos, está la flor de las cuatro libertades. Tiene un regazo para el niño de Venezuela. Y para que tuviera el tono y el estilo maternal, podréis hallar en ella entre una moción de la Representante Fermín, un desvelo de la representante Saavedra, un artículo de la Representante Lucila Palacios y un esfuerzo de cada una de sus compañeras, la puntada de amor, el cairel de ternura, la tibia artesanía de conciencia, que por la primera vez en nuestra historia pudo dar la mujer venezolana para que la ley naciera en las rodillas de la madre.

Es hermosa, hermosa como la democracia. La democracia está de pie en la encrucijada de las más trágicas codicias. Por eso, como las hermosas mujeres, tiene sus dientes y sus uñas para los sátiros de la voluntad de dominio. Pero ella sola no lo es todo. Cuando una Asamblea hace una Constitución, hace el espejo de un pueblo. Cuando se hace el espejo de un pueblo, tiene que haber un buen pueblo para mirarse en él. Cuando se hace una Constitución, se hace un código de moral, pero no se hace una moral; cuando se hace una Constitución se hace una norma de conducta; cuando se hace una Constitución, se hace una ley de buen gobierno, pero no se hace un buen gobierno. Es el uso de ella, es el empleo de las facultades que ella confiere, es el timón bien llevado, es la proa siempre puesta a la justicia, lo que de ella va a infundir la grave responsabilidad en la conducta de los gobernantes. Ella es la Constitución. Pero todo lo que se haga de acuerdo a sus mandamientos y atribuciones, ha de ser un acto constitucional.

Allí esta el texto derramado de los labios eternos del pueblo. Esta es la justicia que manda hacer la República, por mano de sus representantes. Ahora a ponerse el vestido de viaje a la *Gaceta*, y se va a meter por las rutas de la patria; va a tocar las puertas. El campesino, el obrero, el industrial, el estudiante, el doctor, el niño, la mujer, el pudiente y el menesteroso van a vivir en su respecto, y el soldado va a ofrecerle sus armas y su sangre y sus pies, juntos en guardia, hechos de caminos de América y calzados de justicia.

En nombre de la Asamblea Nacional Constituyente, representante del pueblo, declaro solemnemente sancionada la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela.

Son 253 artículos y 19 disposiciones transitorias que representan el dudoso honor de ser una de las constituciones más largas que se conozcan en Venezuela, con muchos principios que exigían la aprobación de leyes reguladoras de los más diversos aspectos de la vida nacional.²²

22 MARIÑAS OTERO, Luis, *Las Constituciones de Venezuela*, t. I, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1965, p. 91.

La novedad lo representa en general su tecnicismo, su mejor distribución y la incorporación de principios modernos con relación a las constituciones que la precedieron.²³

Incorpora a su contenido los grandes problemas sociales y elimina todo vestigio de federalismo, a excepción de la denominación ofrecida de Estados Unidos de Venezuela, y el capítulo que en constituciones anteriores se denominó “Bases de Unión” recibió el nombre de “El Poder de los Estados”.²⁴

Con marcada influencia de la Constitución cubana de 1940, al igual que para otras constituciones latinoamericanas, la misma se refleja de manera notoria en el contenido de su parte dogmática.²⁵

Otra de las novedades de la Constitución de 1947, lo constituye una regulación muy amplia de la emigración, de los derechos y obligaciones de los extranjeros, sobre todo su participación en la vida política del país.²⁶

Al igual que la Constitución cubana de 1940, regula en su parte dogmática los derechos individuales, familia, salud, seguridad social, educación, trabajo y economía nacional.²⁷

La enumeración de los derechos y deberes individuales no es amplia, (art. 25) y los que violen por dictar o ejecutar decretos o cualquier acto jurídico público son responsables ante la Ley (art. 27). La acción penal por la violación de las garantías individuales prescriben a los seis años (art. 28). En cuanto a la Iglesia y el Estado, se mantiene en vigor el Patronato, que para algunos sea la ley que lo regulaba la que ha regido por más tiempo en el país, aunque con la previsión de la posibilidad de negociar un concordato que lo modifique. (art. 32)

También introduce la Constitución de 1947 como novedad la detención preventiva, que se podría aplicar “si hubiera fundados indicios de la existencia de planes o actividades, que tengan por objeto derrocar los poderes constituidos por golpes de Estado u otros medios violentos (art. 77).²⁸

La Nación continúa llamándose “Estados Unidos de Venezuela”, pero no en forma teórica. Las Asambleas Legislativas estatales son electas mediante el sufragio universal, directo y secreto, sin embargo, las atribuciones se reducen de manera notoria. Los estados no gozan de una administración de justicia autónoma de la nacional.²⁹

El nombramiento de los gobernadores, se venía haciendo, de manera provisional, por el Presidente de la República desde la época de Gómez, pero una disposición transitoria (séptima) de la Constitución, establecía que se haría un plebiscito nacional en los dos años siguientes después de la aprobación de la Constitución, para decidir si los gobernadores de los Estados serían de libre nombramiento por el Presidente de la República o electos mediante el voto universal, directo y secreto, mientras tanto su remoción, podía ser inclusive por el voto de censura de la Asamblea Legislativa estatal correspondiente (art. 131, ord. 2º).³⁰

23 *Idem.*

24 *Idem.*

25 *Ibidem*, p. 92.

26 *Idem.*

27 *Idem.*

28 *Ibidem*, p. 94.

29 *Ibidem*, p. 95.

30 *Idem.*

El Poder Nacional, es la fuente básica de ingresos de los Estados y Municipios, que orientará y controlará la inversión de sus fondos, de tal manera que la autonomía es muy limitada y el propio constituyente preverá que el Congreso de la República, podía atribuir a los Estados y Municipios determinadas materias de competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa (art. 139).³¹

En cuanto al Poder Legislativo Nacional, los Senadores son dos por cada Estado y el Distrito Federal, que por vez primera está representado en la Cámara del Senado. Restablece la Constitución de 1947 la Comisión Permanente del Congreso Nacional, que funcionaría mientras éste no se encontrase en sesiones.³²

Distingue la Carta Fundamental de 1947, entre el Fiscal y el Procurador General de la Nación; sin embargo, según su Décima Disposición Transitoria, ambos cargos serían desempeñados por el mismo titular hasta la aprobación de la ley correspondiente.³³

El control y vigilancia de los ingresos y egresos del Tesoro Nacional, era competencia del Contralor General de la Nación, cargo nuevo creado por la Constitución de 1947, electo por el Congreso de la República en los primeros treinta días del período constitucional (art. 244).³⁴

La Constitución de 1953, constituyó una regresión en la evolución del Derecho Constitucional Venezolano, no solamente en general, sino también una involución en el desarrollo del Poder Judicial lo cual es inexplicable por su origen, ya que fue el producto de un régimen dictatorial. Es regresiva, por cuanto va a colocar el país, en los tiempos de otro dictador como Juan Vicente Gómez.³⁵

Una Junta Militar constituida en 1948, que derrocó al gobierno democrático de Rómulo Gallegos, se instaló en noviembre, derogó la Constitución de 1947 y puso en vigencia la de 1945.³⁶

La nueva Constitución, derogó expresamente la Constitución de 1947 y reproduce en muchos aspectos la de 1936, reformada en 1945. Si algo tiene de positivo, es la reducción de su contenido, con relación a la anterior. Son 142 artículos, ocho disposiciones transitorias y una disposición final. Centralista y conservadora al máximo en materia social, aumenta aún más, las atribuciones del Presidente de la República.³⁷

En cuanto a la “Declaración Preliminar” sigue de lejos a la de 1947. En su artículo 2º, en relación al territorio adopta para le época una novedad: el nuevo concepto de plataforma continental.³⁸

Con la Constitución de 1953, se pensaba que desaparecía formalmente el federalismo, con la denominación del país de “República de Venezuela”, con la cual se dejó a un lado el falso federalismo concebido por la Constitución de 1864. Sin embargo, a pesar de la intención manifiesta del constituyente subsistió el error constitucional, al consagrar en el

31 *Ibidem*, p. 96.

32 *Idem*.

33 *Ibidem*, p. 98.

34 *Ibidem*, p. 99.

35 *Idem*.

36 CALCAÑO DE TEMELTAS, Josefina, *Derecho Procesal Administrativo*, 1º Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Vadell Hermanos Editores, Valencia 1997, pp. 23 y ss.

37 MARIÑAS OTERO, Luis, *op. cit.*, p. 100.

38 *Idem*.

artículo 1º del texto de 1953, que la República de Venezuela: “se rige por los principios de Gobierno Federal, Democrático, Electivo, Representativo, Responsable y Alternativo”; que lo sentencia de muerte, cuando establece para los gobernadores de estado, funciones muy limitadas y que es de libre nombramiento y remoción por el Presidente de la República (art. 108, ord. 10º). La competencia del Poder Nacional, se amplía en desmedro total del Poder estatal, en cuanto el turismo, policía, loterías, etc..., a “Toda materia que la presente Constitución no atribuya a otros Poderes” (art. 60, ord. 29º). Principio consagrado siempre en sentido inverso en las constituciones anteriores. Se crea la Convención de Gobernadores y se le da como competencia fundamental, la determinación cada año del Situado Constitucional (arts. 127 y 108, ord. 12º).³⁹

En materia penitenciaria, se aumenta a treinta años la duración de la pena máxima de presidio (art. 35, ord. 2º) y se desconoce lo que se alcanzó con la Constitución de 1947, la consagración de ciertos derechos sociales.⁴⁰

En cuanto al Poder Legislativo, los diputados son electos mediante el sufragio universal, directo y secreto, pero los Senadores, los son por las Asambleas Legislativas de los Estados y por el Concejo Municipal en el Distrito Federal. La Segunda Disposición Transitoria de la Constitución de 1953, dispuso que la Asamblea Constituyente, elegiría para el período constitucional 1953-1958, no solamente al Presidente de la República, sino también a los miembros de las Cámaras, de la Corte Federal y de Casación, al Contralor y Procurador de la Nación, de los diputados de Las Asambleas Legislativas de los Estados, a los miembros de los Concejos Municipales y del Distrito Federal, con lo cual se prescindió de un zarpazo de la convocatoria a unas elecciones generales, para organizar políticamente al Estado, y con ello evitar el ejercicio de la soberanía popular, en la elección de sus Poderes Públicos.⁴¹

En la Constitución de 1953, el Contralor de la Nación ya no es general o supremo, como se consagraba en las constituciones anteriores, lo elige el Congreso Nacional y es el organismo del Poder Legislativo que “ejercerá la inspección y fiscalización de los ingresos del Tesoro Nacional (art. 95). No ejercía ahora, la función contralora, la cual era el objeto de su creación.

Las atribuciones del Presidente de la República, se aumentaron en forma notoria. La Tercera Disposición Transitoria, autorizaba al máximo magistrado de la República para tomar las medidas necesarias para garantizar de cualquier manera la seguridad de la Nación, la conservación de la paz ciudadana y el mantenimiento del orden general. Podía conceder indultos y hasta amnistías, materia ésta reservada siempre para el Congreso de la República por tradición constitucional, reservarse las funciones de cualquier Ministerio y anexar a su despacho los servicios públicos convenientes.⁴²

Sus faltas temporales, las suplía el Ministro designado libremente por él (art. 107), y en caso de ausencia absoluta el Consejo de Ministro elegiría de su seno, un Presidente provisional. En todo caso, el Congreso, por la mayoría de votos, elegiría en un plazo de diez días, un nuevo y definitivo Presidente de la República (art. 106).⁴³

39 *Ibidem*, 101.

40 *Idem*.

41 *Ibidem*, p. 102.

42 *Idem*.

43 *Ibidem*, p. 103.

Cuando se instala el Congreso Nacional en 1959 que constituía en cierto modo una vuelta a la Constituyente de 1947, por ser en algunos casos, los mismos actores, no se reactivó la Constitución de ese año y de una manera inexcusable, hasta por razones de moralidad política, rigió la Constitución de 1953 hasta el 23 de enero de 1961, vigencia que se extendió, inclusive hasta después de la toma de posesión de Rómulo Betancourt.⁴⁴

Sin embargo, para ciertos sectores, la espera por una nueva Constitución rindió sus frutos, por cuanto la misma representó un texto progresista y demasiado democrático, aún con las objeciones de los partidos de izquierda, en cuanto a trastornos del orden público que no justificaban la restricción o suspensión de las garantías constitucionales (art. 244) y a medidas de extrañamiento del país (Séptima Disposición Transitoria), a la cual se unió una suspensión definitiva de las garantías económicas.⁴⁵

En un discurso, en el Salón Elíptico con la fuerza verbal que lo caracterizaba, afirmó que la Constitución que promulgaba duraría no solo hasta 1964 sino por muchos años más. El nuevo texto, derogó en su último artículo 252, el ordenamiento constitucional vigente hasta entonces.⁴⁶

La Constitución de 1961, adoptó como modelo la de 1947, en su extensión y distribución del contenido. Fundamentalmente por la participación decisiva de los mismos actores, que actuaron en 1947 y en 1958, sobre todo por sus afinidades políticas.⁴⁷

El nuevo texto, es más sencillo en su redacción, que el que le sirvió de modelo, y al igual que aquel, remite en innumerables oportunidades a leyes, lo que son sus principios fundamentales.⁴⁸

En cuanto a la forma federal del Estado, la fórmula adoptada por la Constitución del 61, sin ser inadecuada o ficticia consagró una verdadera interpretación de sentimientos y valores de conciencia en relación directa con la historia venezolana, también lo que es una realidad jurídica del país: Venezuela, nunca ha sido verdaderamente un estado Federal, en lo que es el federalismo en su esencia natural. En tal sentido, la Constitución del 61 fue sincera: “en los términos consagrados por esta Constitución (art. 2).⁴⁹

Asimismo la Constitución, de la mal denominada IV República se inspira en normas e instituciones de textos constitucionales extranjeros; por ejemplo el artículo 5, que enumera los símbolos patrios, se corresponde con lo preceptuado por la Constitución Francesa de 1946; de igual manera, la designación como senadores vitalicios, de los ex-presidentes de la República (art. 148 y 8^a. Disposición Transitoria), proviene de la italiana de 1947; y por último, de la norteamericana, en cuanto a la consagración de las enmiendas constitucionales (art. 245).⁵⁰

En cuanto al Capítulo relativo al territorio la Carta de 1961 incorpora ciertas innovaciones.

“El territorio nacional, es que le correspondía a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política de 1810, con las modificaciones resultantes de los

44 SANOJA HERNÁNDEZ, Jesús, “De la moribunda a la del 2000. La Constitución de 1961”, *El Nacional*, Ediciones Especiales, Caracas, p. 7.

45 *Ibidem*, p. 7 y ss.

46 *Ibidem*, p. 8.

47 Luis Mariñas Otero, *op.cit.*, p.104.

48 *Idem*.

49 *Idem*.

50 *Idem*.

tratados celebrados “válidamente” por la República” (art. 7°), calificación que no aparecía en las constituciones precedentes y que permitía reclamaciones, mediante una consagración muy acertada de la Constitución de 1961.⁵¹

Por otra parte, en el artículo 8° se regula lo referente a la enajenación del territorio a extranjeros: Se autoriza la adquisición, por los gobiernos extranjeros de los inmuebles necesarios, no solamente para instalar sus representaciones diplomáticas, “sino también consulares. La adquisición de inmuebles para organismos internacionales sólo podrá autorizarse mediante las condiciones y restricciones que establezca la ley”. Asimismo el artículo 15 representa una novedad: “La Ley podrá establecer un régimen jurídico especial, para aquellos territorios que por libre determinación de sus habitantes y con la aceptación del Congreso, se incorporen a la República”.⁵²

Finalmente, para tratar de ordenar el crecimiento exagerado de la Capital de la República, se consagra la posibilidad de una ley especial para coordinar las distintas jurisdicciones, dentro del Área Metropolitana de Caracas (art. 11).⁵³

En relación a las competencias nacionales, el Congreso puede cederle a los Estados o Municipios determinadas materias de su competencia; a fin de promover la descentralización administrativa (art. 137); atribución que se suma a la garantía de que los Estados gozan de competencia residual, que en la Constitución anterior se atribuía al Poder Nacional (art. 18. 7°).⁵⁴

En cuanto al régimen municipal, el Municipio puede hacer uso del crédito público y se consagra la posibilidad de diversificar el régimen municipal, tomando en cuenta ciertos criterios como; la población, desarrollo económico, situación geográfica y cualquier otro factor de importancia (art. 27).⁵⁵

Respecto a los Estados, se dejó al Presidente de la República la facultad de nombrar a los Gobernadores, al igual que en la Constitución de 1947, mientras el Congreso de la República no dictase una ley que estableciese un modo distinto de elección (art. 22), La policía urbana y rural volvió a ser competencia de los Estados (art. 17. 5°).⁵⁶

En la parte dogmática la Constitución de 1961, acoge las transformaciones que han padecido los tradicionales derechos individuales, así como la naturaleza y el carácter que reciben los nuevos derechos, separa los derechos de los deberes, y consagra que “las obligaciones que corresponden al Estado en cuanto a la asistencia, educación y bienestar del pueblo no excluyen las que, en virtud de la solidaridad social, incumben a los particulares según su capacidad” (art. 57).⁵⁷

Sistematiza los derechos en: Individuales, sociales, económicos y políticos. Establece un título especial al que denomina “De la Emergencia”, que significa una situación especial que conlleva a “restringir o suspender las garantías constitucionales, o algunas de ellas”, por tratarse de una alteración transitoria del funcionamiento del orden constitucional.

La Constitución del 61 completa, lo que el constituyente de 1947 remedió en parte, al sancionar el recurso de *Habeas Corpus*, con la protección de los derechos agregando al

51 *Ibidem*, p.105.

52 *Idem*.

53 *Idem*.

54 *Idem*.

55 *Idem*.

56 *Ibidem*, p. 106.

57 *Idem*.

antes mencionado, el recurso de amparo así: “Los tribunales ampararán a todo habitante de la República, en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece” (art. 49). El *Habeas Corpus*, se regula en forma provisional en las Disposiciones Transitorias Quinta y Sexta de la Constitución.⁵⁸

Expresamente se establece que: “Ningún acto del Poder Público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos, salvo como conmutación de otra pena y a solicitud del mismo reo” (art. 64).⁵⁹

Y como última novedad, en cuanto a los Derechos Individuales, la Constitución del 61 consagra que “Los reos de delitos contra la cosa pública podrán ser juzgados en ausencia, con las garantías y en la forma que determine la ley” (art. 60. 5º).⁶⁰

En relación a los derechos sociales, incorpora algunas innovaciones no trascendentales como las siguientes: “Todos están obligados a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro de los límites por el respeto a las personas humanas”, (art. 76) principio tomado de la Constitución italiana de 1947, y la colegiación obligatoria en ciertas profesiones universitarias (art. 82).

Respecto a los derechos económicos, regula de manera general los órganos consultivos en el área económica y establece una declaración formal sobre la Integración Económica Iberoamericana.⁶¹

Asimismo, el Estado se reserva “determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia social y propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control (art. 97). En cuanto a la reforma agraria, considera contrario al interés social el latifundismo (art. 105) y afirma toda su preocupación, por la defensa y conservación de los recursos naturales (art. 106).⁶²

En relación al Poder Público, la Constitución de 1961 consagra en el Capítulo I, del Título IV, una innovación, la exigencia previa de la aprobación por las Cámaras Legislativas, en sesión conjunta para el otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos y otros recursos naturales (art. 126).⁶³

En cuanto al Poder Legislativo Nacional, el Senado se integra por dos senadores por Estado y dos por el Distrito Federal, así como por senadores adicionales que resultaban de la aplicación del principio de la representación proporcional de las minorías, más los ex-presidentes constitucionales, considerados senadores vitalicios (art. 148).⁶⁴

Entre las atribuciones específicas del Senado, aparte de las tradicionales, se incluían los siguientes: la discusión de proyectos de ley relativos a tratados internacionales; autorizar al Poder Ejecutivo Nacional para enajenar inmuebles de la Nación; autorizar el empleo de misiones militares venezolanas en el extranjero; y de misiones militares de otros países en Venezuela; autorizar al Presidente de la República para salir del territorio nacional; autorizar el nombramiento del Procurador General de la República y de los

58 *Ibidem*, p. 107.

59 *Idem*.

60 *Ibidem*, p. 108.

61 *Idem*.

62 *Idem*.

63 *Ibidem*, p. 110.

64 *Idem*.

Jefes de misiones diplomáticas permanentes y autorizar el enjuiciamiento del Presidente de la República, previa declaratoria de la Corte Suprema de Justicia (art. 150).⁶⁵

Se aumenta el período de sesiones de las Cámaras. Se convocan al 2 de marzo y terminan el 6 de julio para reanudarse el 1° de octubre hasta el 30 de noviembre del mismo año (art. 154). Sin embargo, mediante la Enmienda n° 2 aprobada por decreto del Congreso de la República el 26 de marzo de 1983, se estableció que para el primer año de cada período constitucional, las sesiones ordinarias de las Cámaras Legislativas, comenzarían, sin necesidad de previa convocatoria, el día 23 de enero o el día posterior más inmediato (art. 3°).⁶⁶

En el capítulo relativo a la formación de las leyes, se acoge un criterio más técnico en cuanto a su elaboración (art. 162). Distingue la Constitución del 61, entre leyes, Códigos y leyes orgánicas (art. 162 y 163). Los proyectos de leyes, podían presentarse en cualquiera de las Cámaras, a excepción de las que hayan de iniciarse necesariamente, en el Senado o en la Cámara de Diputados (art. 164).⁶⁷

La iniciativa legislativa, correspondía a la Comisión Legislativa, al Poder Ejecutivo Nacional, a los Senadores y Diputados, en número no menor de tres, a la Corte Suprema de Justicia y por un número no menor de veinte mil electores perfectamente identificados (art. 165). Las leyes son aprobadas por cualquiera de las Cámaras, en dos discusiones en días diferentes y en Cámara plena (art. 166). Sin embargo, por la Enmienda n° 2 aprobada el 26 de marzo de 1983, se modificó el procedimiento de elaboración de las leyes sustancialmente a fines de aligerar la aprobación de las leyes necesarias para el buen funcionamiento del Estado. En tal sentido, las Cámaras en sesión conjunta, para cada período constitucional, designarían una Comisión Legislativa “integrada por veintitrés (23) miembros, que serían elegidos de modo que reflejasen en lo posible la composición política del Congreso de la República. Las Cámaras, en sesión conjunta en reunión expresamente convocada para ello, con veinticuatro (24) horas de anticipación por lo menos, podían autorizar a la Comisión Legislativa, para discutir y aprobar proyectos de leyes individualmente determinados, mediante acuerdo que contase con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes. Una vez aprobado cada proyecto por la Comisión Legislativa, lo enviaría al Presidente del Congreso de la República, quien ordenaría distribuir el texto entre los integrantes de ambas Cámaras y convocaría para una reunión conjunta transcurridos quince (15) días desde su recibimiento. Las Cámaras reunidas en sesión conjunta de acuerdo con la convocatoria, procederán a aprobar o rechazar mediante acuerdo, el texto que les fuese sometido, pudiendo introducir las modificaciones que juzgasen conveniente. Aprobado el proyecto con o sin modificaciones, el Presidente del Congreso lo declararía sancionado y se cumplirían los trámites subsiguientes previstos para la formación de las leyes (arts. 4° y 5°).⁶⁸

El Presidente de la República, no es reelegible hasta diez años después de haber concluido su mandato (art. 185). Cuando la ausencia temporal del Presidente de la República se prolongase por más de noventa (90) días, las Cámaras podían considerarla como

65 *Ibidem*, p. 111.

66 *Idem*.

67 *Idem*.

68 VILCHEZ S., Rodolfo F., *Compilación Constitucional de Venezuela*, Congreso de la República, Caracas, 1996, p. 620.

falta absoluta. En tal situación, el Congreso de la República, en sesión conjunta y secreta, en un plazo de treinta días elegiría un nuevo presidente de la República, por el resto del período constitucional. Entre tanto, el Congreso no verificase la elección, se encargaría de manera provisional del Poder Ejecutivo Nacional, el presidente o vicepresidente del Congreso o el presidente de la Corte Suprema de Justicia (art. 187).⁶⁹

Aunque en la Constitución de 1961, se amplían una vez más las atribuciones del Presidente de la República, se consideró que no era buena técnica una enumeración de los casos en que podía exigirse responsabilidad del Presidente de la República. En tal sentido, se adoptó una fórmula mas general y absoluta, por el cual “es responsable de sus actos de conformidad con la Constitución y las leyes” (art. 192).⁷⁰

El Presidente de la República, podía nombrar ministros de Estado sin la asignación de un despacho determinado. Y en cuanto a la responsabilidad de los ministros, la única novedad sobre la materia en la Constitución del 61 es el artículo 198, “Ningún pronunciamiento de los cuerpos legislativos sobre las Memorias y Cuentas libera de responsabilidad al ministro por los actos del respectivo Despacho. En todo caso, y mientras no se haya consumado la prescripción, podrán aquellos proceder a la investigación y examen de dichos actos, aún cuando estos correspondan a ejercicios anteriores”.⁷¹

La Constitución de 1961, independiza la Procuraduría General de la República del Ministerio Público. Se confía el nombramiento del Procurador al Presidente de la República, aunque éste necesitaba la autorización previa de la Cámara del Senado (art. 201), con las funciones específicas y propias que le corresponden en los Estados modernos (art. 202).⁷²

En cuanto al Poder Judicial, la Constitución vuelve a unificar en un solo órgano el Tribunal Supremo de la República, bajo la denominación de Corte Suprema de Justicia. Sus magistrados, eran elegidos por un período de nueve años por las Cámaras en sesión conjunta, renovándose por terceras partes cada tres años (art. 214). La Corte Suprema de Justicia se dividía en Salas formadas por cinco magistrados y organizada en Sala Político-Administrativa de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo y de Casación Penal (Décima Quinta Disposición Transitoria).

Se separa el Ministerio Público, de la Procuraduría General de la República, como organismo autónomo de orden constitucional creado para velar por la observancia de la Constitución y las leyes, bajo la dirección y la responsabilidad del Fiscal General de la República, elegido por las Cámaras en sesión conjunta. Se consagró de nuevo el Consejo de la Judicatura (art. 217).⁷³

En cuanto al sistema tributario, el control financiero de los Institutos Autónomos y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales por la Contraloría General de la República, la Constitución adopta como referencia obligada el texto de 1947.

La Constitución de 1961, en cuanto a su rigidez, adopta modificaciones importantes, sobre todo para limitar la facilidad con que se reformaban nuestras constituciones, que además de desacreditarlas han producido un número exagerado de textos fundamenta-

69 *Constitución 1961.*

70 *Idem.*

71 *Idem.*

72 *Idem.*

73 *Idem.*

les, hace una distinción que amplía a cabalidad tales objetivos. La Constitución del 61 consagró dos vías o procedimientos: La Enmienda y la Reforma Total de la Constitución. En el primer caso, se pensó que era posible, sin reemplazar el texto original, con otro introducir modificaciones que no alterasen las bases o la estructura del Estado, que en situaciones precedentes representaban simples reformas parciales, que concluían en la sustitución de la constitución por otra nueva, lo cual no sucedía con la Enmienda que se concretaba con la intervención de las Asambleas Legislativas de los Estados, en las modificaciones acordadas por ellas mismas o por iniciativa del Congreso de la República, que dejaban intacto el texto original anotando al pie del o de los artículos reformados el número y la fecha de la Enmienda respectiva (art. 245).⁷⁴

En cuanto a la Reforma General de la Constitución, que significaba la sustitución del texto original por otro, se concluyó que con el tiempo, después de varias enmiendas y su importancia, se produjesen cambios fundamentales en las instituciones, que ameritarían la sanción de una nueva constitución. De esta manera se consagró la otra alternativa, pero con un procedimiento más complejo, en todo caso, que el de la enmienda (art. 2° y 6°).⁷⁵

En general, el objeto de la distinción entre los dos procedimientos perseguía, que la Carta Magna de 1961, fuese un texto de largo aliento y sin la precariedad de las constituciones anteriores, coyunturales y reflejos de pasiones políticas temporales.⁷⁶

Para finalizar la Constitución de 1961, concluye con una declaración contundente que pretendía rodearla del imprescindible acatamiento de gobernantes y gobernados, garantizar una estabilidad permanente que la protegiese de las manipulaciones de autócratas, de mesías o aventureros: la inviolabilidad de la Constitución.⁷⁷

La inviolabilidad significaba, que la Constitución no podría ser derogada ni modificada sino a través de los procedimientos consagrados por ella misma para su reforma. De esta manera, se trataba de erradicar para siempre los golpes de Estado, como origen de un nuevo texto constitucional. En todo caso desaparecido el gobierno usurpador, por razón de la inviolabilidad, la Constitución recobraba de inmediato su vigencia. Asimismo, la inviolabilidad conllevaba a que el gobierno usurpador sería juzgado y daba al Congreso, en sesión conjunta, la facultad de decretar mediante la mayoría absoluta de sus miembros la incautación de todo o parte de los bienes de los responsables del golpe de Estado y de quienes se hubiesen enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación para preservar a la República de los perjuicios que se les hubiese causado (art. 250).⁷⁸

La Constitución de 1999 en el Artículo 1° cambia el nombre de la República de Venezuela y la denomina República Bolivariana de Venezuela. El cambio tuvo una finalidad política como consecuencia del nombre que tuvo el movimiento político que creó el presidente de la República.⁷⁹

74 OROPEZA, Ambrosio, *op. cit.*, p. 143.

75 *Ibidem*, p. 144.

76 *Ibidem*, p. 147.

77 *Idem*.

78 OROPEZA, Ambrosio, *op. cit.*, p. 79.

79 BREWER-CARÍAS, Allan, "Reflexiones Críticas sobre la Constitución de 1999", *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 10.

En cuanto a la forma de Estado, se adoptó la denominación de Estado Federal Descentralizado, que aparte de desmejorar la sinceridad de la Constitución de 1961, cuando lo denominó “Estado Federal en los términos consagrados por esta Constitución”, con la cual consagró lo que no es verdad, el federalismo venezolano, la de 1999 lo enterró, por cuanto en su contenido es de un centralismo exacerbado, y aprobó una redundancia, por cuanto la esencia de un verdadero Estado Federal es su descentralización.⁸⁰

El artículo 2º concibe a Venezuela como un Estado Democrático y Social de derecho y de Justicia, que acoge en cierto modo la tradición del derecho Constitucional Moderno, y que acoge fielmente lo que tales conceptos e ideas significan.⁸¹

En forma expresa, restringe la autonomía de los Estados y Municipios al remitir su regulación a una ley nacional. Se altera la igualdad de los Estados, al desaparecer el Senado y crear un organismo unicameral denominado Asamblea Nacional. La regulación de los Consejos Legislativos, órganos legislativos de los estados denominados anteriormente Asamblea Legislativas, son regulados por una ley nacional (art. 162).⁸²

En cuanto a la tradicional consagración de la autonomía municipal en la Constitución, también se lesiona, al establecer que los municipios gozan de la misma no solo dentro de los límites establecidos por ella, sino también en la ley nacional (art. 168), por la cual la autonomía sufre una doble regulación.⁸³

No se crea una asignación efectiva de competencias tributarias a los Estados, y se fija a un tope máximo (20% de los ingresos nacionales) en cuanto al Situado Constitucional de la cual siguen dependiendo. Se consagra un Consejo Federal de Gobierno, (art. 185) que por su integración es un poder nacional de control central.⁸⁴

En lo relativo al Poder Ejecutivo, el presidencialismo tradicional se acentúa al extenderse el período constitucional a seis años y permitir la reelección del Presidente de la República (art. 230). A lo cual se une lo casi inviable del referendo revocatorio del mandato, (art. 72) por su compleja tramitación y su elección por mayoría relativa (art. 228), que en la mayoría de los casos la elección del ganador no refleja voluntad de las mayorías. Además se le atribuye como competencia la posibilidad de disolver la Asamblea Nacional, aunque en casos excepcionales cuando se produzcan tres votos de censuras al vicepresidente Ejecutivo (art. 240); a lo cual se debe agregar, la casi ilimitable atribución de aprobar decretos-leyes no sólo en materias económicas-sociales (art. 203).⁸⁵

En cuanto al Poder Legislativo, la representación de los Estados con menor población se reduce en forma notable, (art. 186) y se omiten las interpelaciones de los Ministros por la Asamblea Nacional.

El Poder Judicial, se concentra en el Tribunal Supremo de Justicia como última instancia procesal y como cabeza del “gobierno” y la administración judicial, por medio de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (arts. 253 y 267). Se crea la Sala Constitucional para el ejercicio de la jurisdicción constitucional concentrada, (arts. 266 y 336) y se

80 *Idem.*

81 LINARES BENZO, Gustavo, “Las innovaciones de la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Público*, nº 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 23.

82 BREWER-CARÍAS, *op. cit.*, p. 10.

83 *Ibidem*, p. 11.

84 *Idem.*

85 *Ibidem*, p. 12.

consideran vinculantes sus interpretaciones para las demás Sala del Tribunal Supremo de Justicia y tribunales de la República (art. 335). Se constitucionaliza por vez primera el control difuso de la Constitución (art. 334).⁸⁶

El tradicional desequilibrio de poderes, a favor del Poder Ejecutivo se acentúa una vez más, ahora con la incorporación de dos más sin ninguna razón de peso, el Poder Ciudadano y el Electoral. La Asamblea Nacional con una cierta mayoría tiene la competencia de remover al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo y al Contralor General de la República, que conforman el Poder Ciudadano (art. 279) y al Consejo Nacional Electoral (art. 296) y lo que es más antidemocrático, a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 265). Lo que desdibuja y desnaturaliza el principal fundamento de toda verdadera democracia, la autonomía y el equilibrio de los Poderes, Fundamentales del Estado.⁸⁷

La Constitución es esencialmente militarista, lo cual se evidencia a través de varias normas: la tradicional prohibición de que la autoridad militar y civil no pueden ejercerse simultáneamente, a excepción del Presidente, por ser comandante en jefe de las Fuerzas Armadas desaparece (art. 131 de la Constitución de 1961); la atribución de autorizar los ascensos militares de alta graduación por el Senado, como subordinación al poder civil, norma histórica en Venezuela se elimina (art. 150, ord. 5º de la C. N. 1961); se elimina el carácter no deliberante y apolítico de las Fuerzas Armadas (art. 132 C.N. de 1961); se omite el deber de las Fuerzas Armadas de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas, (art. 132 C. N. de 1961); el respeto a la Constitución y a las leyes, “cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación” por parte de la Fuerza Armada desaparece (art. 132, C. N. 1961); se consagra la atribución del sufragio a los militares (art. 330); y se otorga el privilegio procesal a los altos oficiales de las Fuerzas Armadas de que para ser enjuiciado se requiera la decisión del Tribunal Supremo de Justicia sobre si hay o no méritos para ello (art. 266, 3º).⁸⁸

Este cuadro militarista, que se aprecia a simple vista del contenido de la Constitución, es una novedad por cuanto ni en las constituciones provenientes de regímenes militares lo consagraron en sus textos.⁸⁹

En lo relativo a los derechos, garantías y deberes, la Constitución representa un avance con relación a la anterior en cuanto a su larga enumeración (art. 1935) y la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que pasan a tener aplicación preferente, en cuanto sean mas favorables y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (art. 23).

El amparo cambia de procedimiento, será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidades (art. 27).⁹⁰

Se incluye en el texto Fundamental el derecho al debido proceso. Se consagra la defensa y asistencia jurídica, la presunción de inocencia, el principio del juez natural y la garantía de la cosa juzgada (art. 49).⁹¹

86 LINARES BENZO, Gustavo, *op. cit.*, p. 26.

87 BREWER-CARIAS, Allan, *op. cit.*, p. 13.

88 *Idem.*

89 *Ibidem.*, p. 14.

90 LINARES BENZO, Gustavo, *op. cit.*, p. 24.

91 *Idem.*

Se consagra el derecho de todos a la información, a ser informados, pero se califica de “oportuna y veraz e imparcial” (art. 58), lo que crea la posibilidad de su control público o político.⁹²

Entre los derechos políticos, se consagra de manera amplia el referendo. Los hay de varias clases y con distintas finalidades: sobre materias fundamentales de interés nacional, estatal o municipal y la revocatoria de todos los cargos electivos, a través de mecanismos, que los hacen casi imposibles de realizar, sobre todo cuando se trata de sanción o abrogación de leyes (art. 71-74).⁹³

En relación a los derechos sociales se consagra, “que los niños y niñas y adolescentes tienen derecho a vivir” (art. 75) que significa indirectamente su protección desde la concepción, a la cual se agrega la protección de la madre “desde la concepción” (art. 76). Además, se incluye que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho (art. 78).⁹⁴

En cuanto a los derechos culturales y educativos, se consagra “la autonomía de la administración cultural pública, en los términos que establezca la ley” (art. 99). Se omite toda promoción de la iniciativa privada en relación a la educación, considerándola un derecho humano y un servicio público que se fundamenta en el respeto a todas las corrientes de pensamiento (art. 102).

Sin embargo, al estatismo absoluto de la educación, se deja una rendija abierta cuando consagra el derecho de las personas, a fundar y mantener instituciones educativas privadas, bajo estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de éste (art. 106). Se consagra, por primera vez en la historia constitucional de Venezuela la autonomía universitaria (art. 109).⁹⁵

Respecto a los derechos económicos, es evidente el paternalismo estatal. El intervencionismo del Estado es ilimitado. El Estado, asume casi toda la responsabilidad en materia económica, y además la puede regular en todos sus aspectos. El sector privado, juega un papel secundario y con poca fuerza. Su regulación en general es técnica, moderna y realista, por cuanto incluye en forma clara los ilícitos de mercados (art. 113 y 114). Le da rango constitucional a la libre competencia (art. 299). Lo relativo al régimen presupuestario, fiscal y monetario se regula de manera exhaustiva. En materia tributaria, nuevas normas en el texto constitucional persiguen sancionar la evasión fiscal, con penas privativas de la libertad de las personas (art. 317). El Banco Central, se consagra por primera vez en el texto Fundamental (art. 318) y se le califica de “Autónomo”. Pero su regulación administrativa, se deja a cargo de una ley y en definitiva, la designación de su presidente y de la mitad de sus directores es competencia del Presidente de la República (art. 319).⁹⁶

92 BREWER-CARIAS, Allan, *op.cit.*, p. 16.

93 LINARES BENZO, Gustavo, *op. cit.*, p. 24.

94 *Idem.*

95 *Ibidem*, p. 25.

96 BREWER-CARIAS, Allan, *op. cit.*, pp.19 y ss.

§3. CONSTITUCIÓN Y “BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD”

Claudia Nikken*

Profesora de la Universidad Central de Venezuela

En homenaje a los primeros cien números de la *Revista de Derecho Público*, nos permitimos publicar un ejercicio académico que venimos haciendo ya desde hace algún tiempo en otros escenarios: teniendo un concepto de “constitución” y de “bloque de la constitucionalidad”, definir los lineamientos del “bloque de la constitucionalidad” venezolano.

Partiendo de la idea de que no existe alguna noción “absoluta” de constitución más que en el sentido presentado por Schmitt en su *Teoría de la Constitución*,¹ es decir, de que existen diversas definiciones del objeto “constitución” -y sin detenernos en ellas-, fundamentaremos nuestro estudio en las que han sido aceptadas por todos -o casi todos- los autores: la formal y la material.

Desde un punto de vista material, la constitución consiste en el conjunto de normas de creación de las normas *esenciales* del Estado, así de determinación de sus órganos y sus atribuciones. Desde un punto de vista formal, la constitución es el conjunto de normas así calificadas por el “poder constituyente”.

En los Estados que se han dotado de constituciones escritas y rígidas, la noción formal de constitución prima sobre cualquier otra concepción. Ahora bien, es posible que, entre normas que *formalmente* no están incluidas en la constitución, existan algunas que *materialmente* se compadezcan con ella. Así, si hay normas cuyo valor constitucional es fácilmente constatable, existen otras cuyo igual valor no puede ser deducido más que a través de la interpretación².

* El presente trabajo es una expresión de la libertad de pensamiento, que pretende dar cabida al ejercicio del derecho del lector a la información.

1 SCHMITT, C., *Théorie de la Constitution*, PUF, París, 1993, pp.131-139. Según el autor, la noción absoluta de constitución se refiere a la idea de totalidad unitaria. En ese sentido, la constitución designaría un modo de existencia concreto (la estructura global concreta de la unidad política y del orden social de un Estado preciso; una cierta forma de orden político y social o; el principio del devenir dinámico de la unidad política, del proceso de formación y origen de esa unidad a partir de una fuerza que la funda o actúa fundada en ella). Permitiría designar una ley fundamental reguladora, es decir, un sistema unitario y cerrado de normas supremas y últimas.

2 No en vano, en 1928 advertía EISENMANN –representante de la escuela normativista- que la noción material de constitución es fundamental. Señalaba que, independiente de toda norma de derecho positivo, esa noción caracteriza al mismo tiempo el contenido esencial de la constitución y su ubicación en la jerarquía de las normas. Por ello, tiene un valor teórico o científico y una universalidad superiores (EISENMANN, C., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica -PUAM, París- Marsella, 1986 (ed. de 1928), p. 3).

Si en sentido material, la constitución es “el conjunto de las normas sobre la legislación, es decir, sobre la creación de las normas jurídicas generales” (EISENMANN, C., p. 3) o, como lo apuntaba KELSEN, “la regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de la determinación de los órganos y del procedimiento de legislación” (KELSEN, H., *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, Revue de droit public et de la science politique en France et a l'étranger, 1928, p. 204), la posibilidad de una definición jurídica

Por lo anterior, en los últimos tiempos, el estatismo característico de la constitución escrita y rígida se ha visto matizado por el juez constitucional que, en uso de su poder de interpretación -específicamente de interpretación auténtica-, ha convertido la “constitución” en un objeto dinámico: el “bloque de la constitucionalidad”.

En efecto, la idea de “bloque de constitucionalidad” está estrechamente vinculada a la interpretación auténtica de la constitución, es decir, a la interpretación de la cual resulta un acto cuya anulación no está prevista en el ordenamiento jurídico³. Por ello, la primera y la más fundamental de las *funciones* de la interpretación auténtica de la constitución es determinar en qué consiste la constitución de un Estado determinado o, en otros términos, el “bloque de la constitucionalidad” del mismo⁴.

La expresión “bloque de la constitucionalidad” fue utilizada por primera vez en Francia, por el Profesor C. Emeri⁵, quien al comentar la decisión del Consejo constitucional

material de la constitución deriva exclusivamente del carácter particular de las normas de procedimiento, independientemente del lugar que ocupen en el ordenamiento jurídico: “en cualquier nivel de ese sistema, esas normas gozan de una suerte de supremacía sobre las otras normas, las normas llamadas de fondo, pues formulan la ley de su creación”. En tal sentido “están dotadas de una permanencia relativamente superior a la de las normas de fondo, que rigen y dominan, moldean y conforman”. Más aun, esas normas “no se aplican sólo a la creación y abrogación de todas las demás normas: regulan también su propia desaparición, presiden su propia muerte” (EISENMANN, C., pp. 6-7). Así, las normas de creación de las normas supremas de un Estado, “forman la armadura de la propia pieza fundamental del sistema de derecho y, en consecuencia, del sistema entero, cuya unidad aseguran a través de sus transformaciones materiales. Son, pues, el núcleo permanente, el centro fijo –relativamente- de la Constitución” (EISENMANN, C., p. 7). Ahora bien, si las normas de procedimiento son superiores a las normas de fondo, entre esas normas aparece una que goza por sobre las demás de una suerte de prioridad o de primacía lógica: la que establece el órgano de creación del derecho. Esa es la única norma indispensable. Es, en efecto, esa norma la que, a cada nivel del ordenamiento jurídico, determina la creación del grado inferior y, de esa manera, lo vincula o lo ata al nivel superior. La primera de esas normas -la que instituye un órgano constituyente- es entonces el primer eslabón de la cadena de creación del derecho y, por ello, el asiento fundamental del ordenamiento jurídico. Su preeminencia deriva de que su violación rompe siempre la continuidad del orden estatal, marcando el nacimiento de un nuevo orden, sin relación jurídica -al menos directa- con el precedente, pues su validez deriva de una norma diferente. Es una revolución (EISENMANN, C., pp. 6-9).

Aclarando conceptos, EISENMANN señalaba que, en sentido formal, la constitución es “el conjunto de leyes cuya confección obedece a un procedimiento excepcional con relación al de la legislación ordinaria”. Las normas de ese procedimiento excepcional constituyen las normas de la *legislación constitucional* o la *forma constitucional*, que pueden revestir tanto normas generales, como disposiciones individuales (EISENMANN, C., p. 4). Sin embargo, advertía que no puede decirse que las disposiciones constitucionales que establecen las normas de la legislación constitucional estén revestidas de la forma que prescriben: “esas normas no podrían regir más que hacia el futuro; no han podido evidentemente ser aplicadas a la Constitución que las contiene”. Por ello, es preferible presentar la constitución formal como “*el conjunto de normas -disposiciones generales o individuales- cuya revisión está sometida a un procedimiento excepcional*” (EISENMANN, C., pp. 4-5).

Constitución formal y constitución material no coinciden necesariamente. Algunas normas inherentes al procedimiento de legislación, pueden no estar revestidas de la *forma constitucional*. En cambio, normas que nada tienen que ver con ese procedimiento, pueden estar dotadas de la forma constitucional.

Ahora bien, podría decirse que muchas de las normas que, *a priori*, no serían materialmente constitucionales, como las que definen los derechos fundamentales y las libertades públicas, se traducen en “principios, direcciones, límites” para el contenido de los actos a ser dictados y que, en consecuencia, son en realidad normas de procedimiento (KELSEN, H., *cit.*, p. 204): si alguna ley las violara, se habría incurrido en un vicio de forma, pues se habría utilizado el procedimiento equivocado o habría usurpado el legislador la competencia del constituyente.

3 KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Bruylant – LGDJ, París, 1999 (reimpresión de la traducción de Ch. EISENMANN al francés de la segunda edición, 1962), p. 335. A este respecto, se entiende por interpretación “el proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del derecho en su progresión de un grado superior a un grado inferior” (p. 341).

4 NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, Tesis de doctorado, Universidad Panthéon-Assas, París II, París, 2001, p. 320.

5 DENIZEAU, C., *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité?*, LGDJ, París, 1997, p. 10.

del 21 de noviembre de 1969 *relati* al reglamento de la Asamblea nacional⁶, señaló que: *[a] justo título uno puede sorprenderse de que la Alta jurisdicción construya así un verdadero ‘bloque de la constitucionalidad’ compuesto por la Constitución y las ordenanzas del artículo 92 que establecen ‘los principios de organización del parlamentarismo limitado’*⁷.

La anterior afirmación resulta de que, en la decisión comentada, el Consejo constitucional apreció la constitucionalidad del reglamento en cuestión no sólo en función de la Constitución, sino también de la Ordenanza Nº 58-1100 del 17 de noviembre de 1958, relativa al funcionamiento de las asambleas legislativas⁸.

Cinco años más tarde, el Profesor L. Favoreu publicó un artículo⁹ en el que comentaba tres decisiones del Consejo constitucional¹⁰, que afirman expresamente que los principios y las normas constitucionales no son exclusivamente los comprendidos en el articulado de la Constitución, convirtiéndose así en el *padre adoptivo* de la noción¹¹; en el sentido de que, según se dice, a partir de la publicación de ese artículo se inició la *teorización* de una expresión que ha tenido tanto éxito entre los autores como la de “Estado de derecho”¹².

La expresión “bloque de la constitucionalidad”, utilizada de ordinario por la doctrina, especialmente en Francia y en España, tiene un sentido muy preciso en cada uno de esos países.

En Francia, el “bloque de constitucionalidad” abarca la diversidad de elementos que sirven como fundamento a la existencia jurídica de las diferentes categorías de actos y de autoridades: la Constitución de 1958 y las otras normas de valor constitucional, esclarecidas por el Consejo constitucional, que son las normas de referencia utilizadas por él al ejercer el control de constitucionalidad. Se trata del preámbulo de la Constitución de 1958 y del de la Constitución de 1946; de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789; de los principios de valor constitucional, como los principios particularmente necesarios a nuestros tiempos, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, los principios generales del derecho de valor constitucional y, los objetivos de valor constitucional.

En España, la misma expresión tiende a incluir entre las normas de referencia del juez constitucional, además de la Constitución, las leyes orgánicas relativas a la repartición de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, los estatutos de autonomía y las leyes ordinarias concernientes a las competencias autonómicas o estatales¹³.

6 Que, junto al Senado, conforma el Parlamento francés.

7 “Chronique constitutionnelle et parlementaire française, vie et droit parlementaires”, *Revue de droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, 1970, p. 678.

8 En Francia, las “ordenanzas” son actos jurídicos cuya naturaleza es similar a la de los decretos-leyes.

9 FAVOREU, L., *Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in “Mélanges Eisenmann”, Cujàs, Paris, 1975, pp 33-48.

10 70-39 DC, *Traité de Luxembourg*; 71-44 DC, *Liberté d'association*; 73-51 DC, *Loi de finances 1974*.

11 DENIZEAU, C., *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité?*, p. 13.

12 GOYARD, C., Prólogo a “Existe-t-il un bloc de constitutionnalité”, por DENIZEAU, C., p. VII.

13 Ver FERNÁNDEZ, T.R., *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Cívitas, Madrid, 1981, pp. 97-120; RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 99-134.

Así, la noción de “bloque de la constitucionalidad” se refiere ciertamente a las fuentes del derecho constitucional, pero va más allá: el “bloque de la constitucionalidad” encierra la noción misma de constitución¹⁴. Por ello, la idea cobra especial relevancia en la actualidad jurídica venezolana¹⁵.

Como lo señalamos ya en otra parte¹⁶, la Constitución promulgada el 30 de diciembre de 1999 carece de vigencia, no sólo por ser jurídicamente inaplicable, sino también por ser ineficaz su norma fundamental. Sin embargo, existe sin duda un conjunto de *normas de referencia*, escritas o no, que fundamentan el control judicial de constitucionalidad. Así lo ha entendido siempre la Máxima Jurisdicción¹⁷, con la particularidad de que el Tribunal Supremo de Justicia ha utilizado la *expresión* en numerosas decisiones¹⁸.

De hecho, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, en sentencia dictada el 22 de septiembre de 2000, inherente a la interpretación de los artículos 26 y 27 de la Constitución *Servio Tulio León*, definió en términos relativamente claros el contenido del “bloque de la constitucionalidad” venezolano, al establecer el objeto de su “interpretación vinculante” y, además, del denominado “recurso de interpretación constitucional”.

Según dicha sentencia, el “bloque de la constitucionalidad” estaría compuesto por: 1) la Constitución; 2) los principios constitucionales; 3) las doctrinas referidas por la Constitución; 4) los tratados internacionales que se remiten a organismos multiestatales; 5) el régimen legal transitorio; 6) las bases comiciales de la Asamblea Nacional Constituyente. A esto se añade la jurisprudencia constitucional.

14 NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, p. 322.

15 En Venezuela, la expresión “bloque de la constitucionalidad” no había sido retenida hasta una época reciente. Hasta donde nuestro conocimiento llega, para 1999 había sido utilizada sólo por el Profesor J.C. FERNÁNDEZ TORO, para explicar únicamente el valor de la Ley de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado y la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (*La distribución territorial del poder en Venezuela. Del Estado centralizado y autoritario a la descentralización democrática*, en “II Jornadas colombo-venezolanas de derecho público”, pp. 353-354). También había sido utilizada como término de referencia en un estudio de derecho comparado, específicamente en lo que atiene al control de constitucionalidad en Francia, por LEJARZA, J. y ORTIZ-ÁLVAREZ, L. en el Estudio Preliminar de su obra *Las Constituciones Latinoamericanas*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997, pp. 60-61. Nuestra colega y amiga Jacqueline LEJARZA, en un artículo titulado “El carácter normativo de los principios y valores constitucionales en la Constitución de 1999”, *RDC* 1, 1999, pp.200, 203, hace una primera aproximación de la idea de “bloque de la constitucionalidad” al ordenamiento jurídico venezolano, señalando que el mismo comprende: 1) las disposiciones constitucionales establecidas como preceptos o normas; 2) los principios y valores consagrados en la Constitución; 3) el preámbulo de la Constitución; 4) los tratados internacionales sobre derechos humanos; 4) los derechos humanos que no se encuentren expresamente establecidos (p. 201). También hace referencia al “plexo normativo comunitario” y, en general, a lo que denomina el “derecho internacional constitucional”. En nuestra tesis doctoral defendida en enero de 2001, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, pp. 320-345, hicimos un estudio sobre la idea de “bloque de la constitucionalidad”, señalando que, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, ese “bloque” estaba compuesto por: 1) la Constitución, incluidos el preámbulo, las “normas” inscritas en la Constitución y las leyes de revisión constitucional (enmiendas, reformas, Ley de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado y Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público); 2) los derechos inherentes a la persona humana; 3) los principios constitucionales; 4) la jurisprudencia complementaria de la Constitución. Igualmente, advertimos que existían normas que consideramos tenían rango constitucional, excluidas del “bloque de la constitucionalidad” (las constituciones de los estados y la Ley Orgánica de Régimen Municipal).

16 NIKKEN, C., “Sobre la invalidez de una Constitución”, en *Libro-Homenaje a Allan R. BREWER-CARÍAS*, t. I, Thomson, Cívitas, Madrid, 2003, pp. 205- 218.

17 V., NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, pp. 320-345.

18 V., TSJ-SC, 5-5-2001, *Consejo Legislativo del Estado Barinas*; TSJ-SC, 19-2-2002, *Beatriz CONTASTE RAVELO*; TSJ-SC, 21-8-2003, *Victoria Eugenia ZURITA*; TSJ-SC, 29-10-2003, *Tulio ÁLVAREZ (referendo consultivo)*; TSJ-SC, 11-2-2004, *Asociación Bolivariana de Abogados con la Constitución*.

Agrupando esas “categorías” de normas según sus elementos comunes, encontramos que el “bloque de la constitucionalidad” venezolano está conformado, en ese orden, por normas no escritas y por normas escritas. Caso especial es el de los denominados “derechos inherentes a la persona”, que será tratado separadamente.

I. LAS NORMAS NO ESCRITAS QUE CONFORMAN EL “BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD”

Las normas no escritas que se incorporan al “bloque de la constitucionalidad” venezolano son la Constitución *positiva*, los principios constitucionales y la jurisprudencia constitucional.

1. La Constitución *positiva*

Para poder hablar de *constitución positiva*, es necesario que la misma sea jurídicamente exigible y, en consecuencia, aplicable en un Estado determinado; en otros términos, esa constitución debe estar *vigente*.

En Venezuela, la exigibilidad y la aplicabilidad de la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999, es decir, su entrada en vigencia, dependía de su publicación en la *Gaceta Oficial*, según lo establece la disposición final de la misma. Esa publicación tuvo lugar el día 30 de diciembre de 1999, como puede constatar de la *Gaceta Oficial* n° 36.860 de esa fecha.

Ahora bien, ¿está esa Constitución realmente vigente?

Nominalmente, la respuesta a la pregunta formulada es afirmativa: nadie niega que la Constitución fue publicada en la *Gaceta Oficial* ni que, conforme a lo establecido en su disposición final, la misma entraría en vigencia a partir de la fecha de su publicación.

Sin embargo, la cuestión de la vigencia de un acto jurídico no se limita al cumplimiento de la *formalidad* consistente en su publicación. Esa vigencia atiende a la efectiva exigibilidad y aplicabilidad del acto jurídico en cuestión. En otros términos y a manera de ejemplo, el hecho de que una ley publicada ordene que un hombre se transforme biológicamente en mujer, no hace posible esa transformación.

Una de las condiciones esenciales para la entrada en vigencia, es decir, para la *exigibilidad* y la *aplicabilidad* de una nueva constitución, es el establecimiento de un conjunto de normas que definan la manera en que se dará inicio a esa aplicación.

En efecto, el surgimiento de una *nueva* constitución tiene lugar cuando se *crea* un nuevo Estado, o bien, cuando dentro de un Estado ya existente se produce un *cambio constitucional*. En ambos supuestos, el fundamento del ordenamiento jurídico vigente hasta ese momento desaparece, dando paso al fundamento de un nuevo orden.

Para que pueda surgir el nuevo orden es necesario que su fundamento, es decir, la nueva constitución, determine el principio del elemento subjetivo de los órganos que habrán de aplicarla de manera *originaria*. En otros términos, esa constitución debe definir la oportunidad, los mecanismos y las condiciones que regirán para la “designación” de las nuevas autoridades, de los titulares de los nuevos órganos del poder público.

Además, debe prever de manera expresa quiénes ejercerán la autoridad hasta el momento en que tenga lugar esa “designación”.

Lo antes descrito es lo que comúnmente se denomina *régimen de transición*, que no es más que el conjunto de normas que *permite* el paso de una constitución a otra; que demarca el fin de la vigencia de una constitución y la entrada en vigencia de una nueva, es decir, su exigibilidad y su aplicabilidad desde un punto de vista jurídico.

La Constitución sancionada en Venezuela el 15 de diciembre de 1999 no establece régimen de transición alguno en ese sentido. Tampoco define quién y cómo debe adoptarse ese régimen de transición. Ello es particularmente grave, dado que la nueva Constitución modificó sustancialmente el elemento subjetivo de los órganos que ejercen el poder público tanto a nivel nacional, como a nivel estatal y municipal¹⁹.

Por lo anterior, difícilmente podía pensarse que las autoridades *designadas* hasta el momento de la entrada en vigencia de la nueva Constitución pudieran continuar en el ejercicio de sus cargos, poniendo en práctica las atribuciones que les fueron asignadas en ella.

Así, dada la ausencia de regulación de las normas que debían regir entre la Constitución de 1961 y la de 1999, es jurídicamente imposible sostener que esta última pudiera entrar en vigencia, es decir, que fuera exigible y aplicable.

Tal circunstancia *obligó* a la Asamblea Nacional Constituyente a establecer un “régimen de transición” que, posteriormente, fue complementado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, derivándose así una primera modificación de la Constitución a la que nos referiremos luego. Además, existen otras resultantes de las dos publicaciones sucesivas de que la misma ha sido objeto.

En cuanto a lo último, es necesario señalar en primer lugar que, como lo han advertido diversos autores e, incluso, integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, el proyecto sometido a referendo el día 15 de diciembre de 1999 y, por lo tanto, sancionado como Constitución en esa misma fecha, no se corresponde con el publicado en la *Gaceta Oficial* el 30 de diciembre de 1999²⁰.

Aunado a lo anterior, el 24 de marzo de 2000 fue reimpresso el texto de la Constitución, con el pretexto de corregir “errores de gramática, sintaxis y estilo”, lo que es a todas luces inadmisibles, pues ello implica cambios en el texto constitucional aprobado por el *pueblo*. Además, como lo señala Brewer-Carías, con esa excusa “*se introdujeron múltiples cambios sustanciales al texto constitucional*”²¹. De hecho, el Fiscal General de la República, quien detectó cambios en ciento setenta y nueve artículos, ejerció un recurso de interpretación ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a fin de que ésta determine cuál es la Constitución vigente²². El recurso aún no ha sido resuelto.

19 Así, por ejemplo, se eliminó el carácter bicameral del órgano legislativo nacional; se modificó la duración del mandato de los titulares de los órganos existentes; se establecieron condiciones y procedimientos distintos para la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Fiscal General de la República, del Contralor General de la República, de los miembros del Consejo Nacional Electoral; se modificó la estructura del Tribunal Supremo de Justicia; se creó la Defensoría del Pueblo; etc.

20 V., BREWER-CARÍAS, A.R., *La Constitución de 1999*, 3ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 282-289.

21 BREWER-CARÍAS, A.R., *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, UNAM, México, 2002, p. 403.

22 V., el diario “El Universal” del 10 de diciembre de 2000, pp. 1-4. Por su parte, el abogado Herman ESCARRÁ, quien presidió la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente, detectó doscientas setenta y ocho “reformas” al texto constitucional (v., el diario “El Universal” del 13 de diciembre de 2000, pp. 1-4).

La aludida “reimpresión” de la Constitución está precedida de la publicación de su su-puesta “exposición de motivos”, que aparece aprobada por la Asamblea Nacional Cons-tituyente el 30 de enero de 2000.

Esa publicación es absolutamente írrita. Por una parte, la “exposición de motivos” de la Constitución nunca fue sometida a consulta popular, de manera que el pueblo nunca cono-ció los “motivos” de la Constitución²³. Además, para la fecha de la publicación de esa “exposición de motivos”, la Asamblea Nacional Constituyente estaba ya disuelta, por lo que mal pudo haber ordenado su publicación en ese entonces. Así, la publicación, al igual que la propia reimpresión de la Constitución, deriva de una usurpación de autoridad²⁴.

A todo evento, a partir del principio de la separación de poderes²⁵, la Ley de Publicacio-nes Oficiales establece como único motivo de reimpresión de un acto, *la evidente discre-pancia entre el original y su impresión*, esto es, en el caso, la disconformidad entre la Constitución sancionada mediante referendo el 15 de diciembre de 1999, y la Constitución impresa en la *Gaceta Oficial* n° 36.860 de 30 de diciembre del mismo año²⁶. No puede entonces tratarse de la corrección de “errores de gramática, sintaxis y estilo” cometidos por la autoridad encargada de elaborar y adoptar el proyecto de Constitución, aprobado (san-cionado) así por el titular del poder constituyente: corregir la obra del poder constituyente se traduce, necesariamente, en la vulneración del fundamento mismo del principio de sepa-ración de poderes que rige en todo Estado que se pretende democrático.

De todo lo antes expuesto resulta que la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 no está vigente ni siquiera desde un punto de vista formal, pues su texto, tal como fue sancionado, nunca ha sido objeto de publicación en la *Gaceta Oficial*. En cuanto a la publicación del 24 de marzo de 2000 cabe señalar que, las modificaciones introducidas no contemplaron tampoco un verdadero régimen de transición y, por lo mismo, la Constitución -originaria o modificada- sigue siendo jurídicamente inaplicable.

A pesar de lo anterior, existe en la colectividad la *creencia* de que la Constitución pu-blicada el 30 de diciembre de 1999 y “reimpresa” el 24 de marzo de 2000 está vigente y,

23 Se hace la acotación, pues es necesario recordar que el recurso a los debates y a la exposición de motivos que preceden a todo acto normativo, incluso a la constitución, debe permitir determinar la *voluntad* de su *autor*. La *voluntad* es el conjunto de elementos que el autor conocía al momento de tomar su decisión y que, por esa razón, per-miten aclararla. Por su parte, el *autor* del acto es aquél cuya voluntad lo ha producido, porque su consentimiento era indispensable para la incorporación de la norma al ordenamiento jurídico; no lo es, en cambio, quien elaboró el texto y que, por ello, puede reivindicar su “paternidad literaria” (V., AVRIL, P., *Les conventions de la constitution*, PUF, París, 1997, pp. 54-56).

24 La usurpación está incluso expresada en el encabezado de esa publicación, en el que la Asamblea Nacional Constituyente esgrime falsamente el “*ejercicio del poder constituyente originario otorgado por éste* (el pueblo soberano de Venezuela) *mediante referendo aprobado democráticamente el veinticinco de abril de mil novecientos noventa y nueve, para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, y en concordancia con el Artículo 1° del Estatuto de funciona-miento de la Asamblea Nacional Constituyente*”.

25 En este caso, del poder constituyente y de los poderes constituidos.

26 Creemos que tanto la Ley de Publicaciones Oficiales, como el Reglamento Interior y de Debates de la Asam-blea Nacional deben ser considerados como parte del “bloque de la constitucionalidad”. La justificación de nuestra posición debería estar incorporada a este estudio. Sin embargo, la hemos excluido, pues nos alejaría del objeto del mismo. Nos contentamos con remitirnos a lo expresado por C. EISENMANN en cuanto a la noción material de “cons-titución” (nota 1). En todo caso, nos parece necesario hacer una remisión a la sentencia dictada por la Sala Constitu-cional -cuyo contenido nos abstendremos de comentar por “falta de espacio”- el 20-8-2003 en el caso del *Reglamen-to Interior y de Debates de la Asamblea Nacional* (Vestalia ARAUJO SAMPEDRO, Carlos TABLANTE y otros).

por lo tanto, que es la “constitución positiva” venezolana. Por ende, ese *texto* es el pilar de nuestro “bloque de la constitucionalidad”.

A ese respecto, es necesario aclarar que el *pilar* de nuestro “bloque de la constitucionalidad” tiene, por decirlo de alguna manera, *cuatro componentes*: el preámbulo de la Constitución; sus trescientos cincuenta artículos; las disposiciones transitorias, así como la derogatoria y la final; y las (aún no dictadas) *leyes* de “revisión constitucional”.

2. Los principios constitucionales

Según aparece de lo establecido en el artículo 335 de la Constitución, el control de constitucionalidad que ha de ejercer el Tribunal Supremo de Justicia debe tender a garantizar, además de la eficacia y la vigencia del texto “positivo”, los *principios constitucionales*²⁷.

Así, el recurso a los principios constitucionales no puede ser considerado como una mera *técnica* que permite al juez develar el significado de la Constitución²⁸, sino que se trata de un *imperativo*, de un deber impuesto al juez llamado a aplicar el texto fundamental.

Ahora bien, ¿qué son los principios constitucionales?, ¿cuáles son esos principios?

Los principios constitucionales, si nos atenemos a un significado netamente literal, llaman a las ideas de base, fundamento, origen, razón o motivo, todos de la Constitución. De allí que pueda decirse que se trata de *normas no escritas*, derivadas de doctrinas o ideas, que la comunidad jurídica -especialmente los tribunales- acepta como *fundamento, base u origen* de las normas *inscritas* en la Constitución.

Se trata entonces, en palabras de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de las *doctrinas en general, a las que se remite la Constitución como principios, sin precisar en qué consisten*²⁹, y no necesariamente, como podría pensarse, a las “normas” vertidas en el Título I de la Constitución, referido a sus *principios fundamentales*, en el que, en realidad, aparecen normas *inscritas* propiamente tales.

Así, por ejemplo, el artículo 7 recoge el *principio de la supremacía de la Constitución*, al establecer que ésta es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, imponiendo a las personas y órganos que ejercen el poder público su sujeción a ella. En cambio, en cuanto al artículo 2, que señala que Venezuela se constituye *en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia* y, aunque seguidamente se enumeran los *valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación*³⁰, es necesario, para aplicar la norma en toda su amplitud, definir los *principios* del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, derivados de las doctrinas del Estado democrático, del Estado social, del Estado de Derecho y del Estado de Justicia; es decir, las *normas no escritas* que la comunidad jurídica acepta como fundamento de ese precepto.

27 Sobre este aspecto, ver LEJARZA, J., *El carácter normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999*, pp. 195-220.

28 Como lo afirmaba, por ejemplo, LINARES BENZO, G., *Leer la Constitución*, EJV, Caracas, 1998, p.157.

29 TSJ-SC, 22-9-2000, *Servio TULLIO LEÓN*.

30 La vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Cuando la operación antes descrita es realizada por el juez, particularmente por el juez constitucional, se crea una nueva *norma* -de tipo jurisprudencial- a través de la cual el *principio* se incorpora al ordenamiento jurídico. Tales son los *principios constitucionales* que forman parte del “bloque de la constitucionalidad” venezolano.

Nos contentaremos con la anterior afirmación, vista la evidente dificultad de establecer un catálogo de *principios constitucionales* en este espacio.

3. La jurisprudencia complementaria de la Constitución

Según aparece de lo establecido en el artículo 335 de la Constitución, el Tribunal Supremo de Justicia está llamado a garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, *así como a velar por la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución*, por ser su máximo y último intérprete. La misma norma dispone que *la interpretación que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales es vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*.

La disposición en cuestión es tenida como una importante (e incluso grave) innovación, lo que no es cierto. Innovación es que una norma como la expresada haya sido “positivizada”. No lo es, en cambio, que la más alta instancia judicial venezolana haya sido llamada a garantizar la supremacía constitucional, o erigida como máximo y último intérprete de la Constitución. Tampoco es cierto que las interpretaciones constitucionales emanadas de la *formación* de esa máxima instancia llamada a controlar la constitucionalidad de las leyes no resultaran vinculantes para sus otras formaciones y los demás tribunales de la República³¹.

Esa norma, en todo caso, recoge y “positiviza” la idea de “poder constituyente secundario” desarrollada jurisprudencialmente en Venezuela desde mediados de los años treinta del siglo XX³², y que recoge, justamente, la de interpretación auténtica de la Constitución.

31 V., NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, pp. 270-279; 336-338.

32 No es común -lejos de ello- encontrar en los libros de derecho constitucional la distinción entre algún poder constituyente “primario” y otro “secundario”. En nuestros estudios de pre-grado nunca encontramos tal distinción, como tampoco la hallamos durante nuestros estudios de post-grado en Francia. Sin embargo, en el curso de esos estudios de post-grado, uno de nuestros profesores de derecho constitucional -Claude GOYARD- nos pidió que preparáramos un trabajo sobre el *poder constituyente secundario*, refiriéndose a una “nota” contenida en el “Código constitucional” de Th. S. RENOUX y M. de VILLIERS, quienes afirman que *“El juez constitucional es a la vez legislador implícito y constituyente secundario”* (RENOUX, Th. S., y de VILLIERS, M., *Code constitutionnel*, Litec, París, 1994, p. 467). Entendimos entonces que ese poder constituyente “secundario” se refería a la interpretación de la constitución y, sobre esa base, preparamos nuestro trabajo. Cuál fue nuestra sorpresa, pasado ya algún tiempo, cuando en el curso de la investigación relativa a la preparación de nuestra tesis doctoral -referida a la Corte Suprema de Justicia-, nos encontramos con que la antigua Corte Federal y de Casación venezolana había definido un “poder constituyente secundario”, empleando esos mismos e idénticos términos. Ese “descubrimiento” -si así puede llamarse- fue importante en dos sentidos. Primero, en lo que nos corresponde, pues pudimos establecer en nuestra tesis, con fundamento en el derecho positivo, la *idea* de poder constituyente secundario y su desarrollo en Venezuela (NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, pp. 247-408). Además, ha servido como punto de referencia para una de nuestras compañeras, quien escogió como tema para su tesis doctoral el estudio del Senado Conservador francés del año III (1794) como “constituyente secundario” y, por ende, se ha *internacionalizado* un “concepto” formulado en nuestro país.

En efecto, la interpretación, es decir, “el proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del derecho en su progresión de un grado superior a un grado inferior”³³, es *auténtica* si de ella resulta *la creación de una norma individual en virtud de un acto que no puede ser anulado*³⁴.

Tal creación aparece de que la interpretación implica necesariamente una escogencia: “no existe ningún criterio sobre cuya base una de las posibilidades presentes en el cuadro del derecho a ser aplicado podría ser preferida a las demás. No hay pura y simplemente ningún método que pueda decirse de derecho positivo que permitiría distinguir, entre varias significaciones lingüísticas de una norma, una sola, que sería su verdadera significación”³⁵.

Por lo anterior, el *intérprete auténtico* de la constitución *secunda* tanto al poder constituyente (originario), como al poder de revisión; en uso de un poder *accesorio*, que completa los principales, colaborando con ellos en diversos aspectos que se relacionan con su puesta en práctica, con su materialización. En otros términos, ejerce un “poder constituyente secundario”³⁶.

Precisamente porque es obvio que toda interpretación implica creación, y que toda interpretación judicial es “*law making*”³⁷, la antigua Corte Federal y de Casación, actuando como juez constitucional, se declaró como “intérprete soberana” de la Constitución, afirmando ser titular de un “poder constituyente secundario”. De esa manera, flexibilizó la *idea* de interpretación-conocimiento, adoptando la *idea* de interpretación voluntad³⁸.

33 KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, p. 335.

34 *Idem*, p. 341.

35 KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, p. 338. Dicho lo anterior cabe señalar que, si la interpretación es un acto de “voluntad”, no por ello estaría desprovista de límites. Esa interpretación, al menos, está sujeta a lo que ha sido denominado “directivas”, entre las cuales aparecen la competencia, el “texto”, la intención del autor del acto, etc.

36 En efecto, como lo escribía HAURIOU, “El poder es una libre energía de la voluntad, es decir que es al mismo tiempo una libertad y una energía de la voluntad”. De hecho, “*El poder gobierna a través de la creación del orden y del derecho*. Ello deriva de que el poder es una libertad que contiene orden en potencia y que tiende a expresarlo” (HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel*, 2º ed., Sirey, París, 1929, pp. 14-16).

37 CAPPELLETTI, M., *Le pouvoir des juges*, Economica -PUAM-, París, 1990, p. 33.

38 NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, pp. 256-262. En Venezuela, desde su origen, existe un poder judicial que, en principio, es independiente e igual a los poderes legislativo y ejecutivo, como en los Estados Unidos de América y a diferencia de lo que sucede en Francia. Se hace la acotación, pues en el primero se entiende que la función del poder judicial es *decir la ley*, estando los jueces en el deber de exponerla y de expresarla (Cfr. *Marbury vs. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803)). De hecho, en “El Federalista” N° LXXVIII, se señaló que: “Es mucho más racional suponer que los tribunales han sido designados para ser un Cuerpo intermediario entre el pueblo y la legislatura, a efectos, entre otras cosas, de mantener a la última entre los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es la función propia y particular de los tribunales. Una Constitución es de hecho, y debe ser mirada por los jueces como una ley fundamental. Por ello, es a ellos a quienes corresponde determinar su sentido, tanto como el sentido de toda ley particular emanada del Cuerpo legislativo (...). Esta conclusión no supone en modo alguno una superioridad del poder judicial sobre el poder legislativo. Supone solamente que el poder del pueblo es superior a ambos, y que, cuando la voluntad de la legislatura, expresada en sus leyes, está en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, es a la última, más que a las primeras que deben obedecer los jueces”.

A pesar de lo dicho, dada la indudable influencia francesa en el derecho venezolano, se entendía –y muchos siguen entendiendo– que la interpretación es un acto de conocimiento: el juez pronuncia las palabras de la ley y, aunque las interprete, su interpretación es un acto de ejecución de la ley y no un acto de creación del derecho. La interpretación consiste, entonces, en hallar la *intención* del autor del acto en el texto interpretado o en los debates que lo precedieron, pues sólo habría “un sentido verdadero” de ese texto. Esto, según la llamada teoría *cognitiva* de la interpretación es un acto de ejecución y no de un acto de creación de derecho, que consiste en aplicar a un caso concreto las normas tal y como han sido establecidas y, en caso de duda, hallar la “intención” de su autor en el texto

La Corte Suprema de Justicia instituida por la Constitución de 1961 pareció abandonar ese “poder constituyente secundario”; sin embargo, según su jurisprudencia más avanzada, realizaba “interpretaciones constitucionales” en ejercicio del poder judicial, que se traducían en actos de creación de derecho, hasta el punto de haber establecido el mecanismo que dio lugar a la nueva Constitución de 1999³⁹.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia erigido por la Constitución de 1999, en especial su Sala Constitucional, retomó la idea de “poder constituyente secundario”, admitiendo expresamente que sus interpretaciones son actos de creación de derecho⁴⁰.

Ese “poder constituyente secundario” está llamado a cumplir tres *funciones* esenciales. A través de su ejercicio se define, justamente, el “bloque de la constitucionalidad”; se mantiene la unidad de la “constitución”; y por último, se pone al día o *actualiza* esa “constitución”⁴¹.

Lo anterior para expresar que las interpretaciones de la “constitución”, contenidas en la *jurisprudencia* emanada del Tribunal Supremo de Justicia, forman parte indiscutiblemente del “bloque de la constitucionalidad” venezolano; siendo las de mayor “jerarquía” las emanadas de la Sala Constitucional⁴².

II. LAS NORMAS ESCRITAS QUE CONFORMAN EL “BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD”

Las únicas normas verdaderamente escritas que conforman el “bloque de la constitucionalidad” venezolano son las que definen el denominado *régimen de transición* y los tratados internacionales referidos a “órganos multiestatales”.

a ser aplicado o en sus antecedentes o motivos. Lo expresado se funda en el pensamiento de MONTESQUIEU, para quien “*los jueces de la nación no son más (...) que la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar su fuerza ni su rigor*”, pues, aunque separado del poder legislativo y del poder ejecutivo, de la que a todo evento forma parte, “*el poder de juzgar es en cierto modo nulo*” (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Libro IX, Capítulo VI, t. I, p. 337).

39 NIKKEN, C., *idem*, pp. 265-269.

40 En este espacio cabe hacer la acotación de que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, abusando del poder que ostenta y, sobre todo, en abierta usurpación de funciones, más que admitir que sus interpretaciones son actos de creación de derecho en el sentido que venimos comentando, ha afirmado expresamente que el acto de *sentenciar* es un acto de “legislación” y, en ese sentido, luego de establecer que alguna interpretación contenida en UNA sentencia es vinculante, ordena su publicación en la *Gaceta Oficial*. Hay muchos ejemplos de ello, entre otros, TSJ-SC, 6-6-2001, *José Vicente ARENAS CÁCERES*; TSJ-SC, 19-8-2004, *Constitución Federal del Estado Falcón*.

41 NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, pp. 318-356. Lamentablemente, la función de mantener la unidad de la Constitución no está siendo cumplida cabalmente por el Tribunal Supremo, en especial por su Sala Constitucional. Ver por ejemplo, decisiones encontradas dictadas por la Sala Constitucional en materia de referendo consultivo, en especial, las dictadas el 1-12-2000 (*Frente Constituyente de Trabajadores*) y el 22-1-2003 (*Interpretación del artículo 71 de la Constitución*).

42 Sin entrar en demasiadas explicaciones, lógicamente la jurisprudencia constitucional debería estar ordenada -de mayor a menor jerarquía- como sigue: 1) de la Sala Constitucional: A) la derivada del “recurso” de interpretación constitucional; B) la derivada de la acción de inconstitucionalidad de leyes y actos de rango similar; C) la derivada del ejercicio de todos los demás juicios. 2) de las demás salas: A) la derivada del recurso de interpretación de leyes; B) la derivada del ejercicio de cualquier otro tipo de acción. Queda a salvo la jurisprudencia relativa a los derechos inherentes a la persona, sobre lo que se hablará más adelante.

1. El régimen de transición

Un “régimen de transición”, en materia constitucional, se refiere al conjunto de normas que permiten, por una parte, la instauración de un nuevo orden y, por la otra, de modo previo, el *desmantelamiento* del orden anterior.

De allí que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considere, a justo título, que tienen rango constitucional las normas que configuran los regímenes de transición pre y post constitucional.

El régimen de transición preconstitucional teóricamente cesó en su vigencia, por lo que no será objeto de análisis en esta oportunidad⁴³. Nos detendremos únicamente en el *régimen de transición* definido por la Asamblea Nacional Constituyente, para dar solución al enorme vacío normativo derivado de la sanción de la nueva Constitución el 15 de diciembre de 1999, toda vez que tal *régimen* no fue definido en ese acto.

Al respecto debemos señalar que la Asamblea Nacional Constituyente emanó, por una parte, el Régimen de Transición del Poder Público el 22 de diciembre de 1999⁴⁴ y, por la otra, el Estatuto Electoral del Poder Público el 30 de enero de 2000⁴⁵. De esa manera, la Asamblea Nacional Constituyente estableció, desde antes de la promulgación de la nueva Constitución -pero luego de su sanción-, las normas que regirían la transición entre ésta y la del 23 de enero de 1961⁴⁶.

43 La transición preconstitucional se inició el día 19 de enero de 1999, con la publicación de dos decisiones dictadas por la Sala Político-Administrativa de la entonces denominada Corte Suprema de Justicia. Mediante tales decisiones, en efecto, se dio inicio al proceso que culminaría -teóricamente- con la sanción y posterior promulgación de una nueva “constitución”.

Con fundamento en esas decisiones, el 2 de febrero de 1999 el recién juramentado Presidente de la República dictó el conocido Decreto N° 3, mediante el cual procedió a “convocar” un referendo consultivo a fin de que el cuerpo electoral se pronunciara sobre la conveniencia de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente. En complemento de ese decreto aparecen las sentencias dictadas por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 18 de marzo y el 14 de abril de 1999, referidas ambas a la nulidad de la convocatoria del referendo consultivo.

Todos los actos mencionados anteriormente determinaron -o así debían hacerlo- el origen y la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, convocada mediante referendo el día 25 de abril de 1999, “electa” el 25 de julio del mismo año, e instalada el día 3 de agosto de 1999. Ninguno de ellos está hoy en día vigente, toda vez que la Asamblea Nacional Constituyente cesó en sus funciones. Sin embargo, no cabe duda de que, en algún momento, formaron parte del “bloque de la constitucionalidad”, como bien lo apuntó la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia del 14-10-1999 (*Decretos de organización del Congreso de la República – Enrique CAPRILES RADONSKI*).

También pasaron a formar parte del “bloque de la constitucionalidad”, como normas reguladoras de la transición preconstitucional, los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente, en uso de las atribuciones que le confirieron las Bases comiciales para la elección de sus miembros. Entre tales actos encontramos el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente; el “decreto” de ratificación del Presidente de la República en su cargo; el “decreto” de reorganización de todos los órganos del poder público; el “decreto” de reorganización del poder judicial; el “decreto” de reorganización del poder legislativo y su ¿revocatoria?; el “decreto” mediante el cual se suspendió el proceso electoral relativo a los municipios, que debía tener lugar durante el segundo semestre de 1999.

44 Publicado en la *Gaceta Oficial* n° 36.857 de fecha 27 de diciembre de 1999 y reimpresso por error material en la *Gaceta Oficial* n° 36.859 del 29 de diciembre de 1999.

45 Publicado en la *Gaceta Oficial* n° 36.884 de fecha 2 de febrero de 2000.

46 Sobre el “proceso” de instauración del régimen de transición, v., BREWER-CARÍAS, A.R., *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, pp. 343-374; 381-400.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no sólo ha dado aval a esa irregular actuación de la Asamblea Nacional Constituyente⁴⁷, sino que, además, se ha permitido perfeccionar y complementar el régimen de transición definido por ella⁴⁸. Por demás, dicho cuerpo ha afirmado expresamente que el régimen de transición en cuestión forma parte del “bloque de la constitucionalidad”⁴⁹.

En todo caso, a pesar de que han pasado seis años desde la entrada en vigencia *nominal* de la Constitución, ese régimen de transición postconstitucional se mantiene en vigor en muchas de sus normas⁵⁰. De hecho, así se confirma que la Constitución *positiva* no está jurídicamente vigente.

2. Los tratados internacionales referidos a órganos multiestatales

En su sentencia del 22 de septiembre de 2000 (*Servio Tulio León*), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia incluyó en el “bloque de la constitucionalidad” los tratados internacionales que “*se remiten a organismos multiestatales que producen normas aplicables en los Estados suscritores*”, señalando que surgen discusiones sobre si esas normas “*se convierten en fuente del derecho interno a pesar de no ser promulgadas por la Asamblea Nacional, o no haberlo sido por el antiguo Congreso de la República*”.

47 Las normas en cuestión fueron dictadas por una autoridad *incompetente*: si materialmente la Asamblea Nacional Constituyente podía dictar, además de su estatuto de funcionamiento, otros actos jurídicos, temporalmente estaba limitada para ejercer su función creadora y transformadora. Ese límite temporal era el momento de la sanción (o el rechazo) de la nueva Constitución: después de ese momento, sólo podía proclamar el resultado del referendo y, de resultar aprobatorio, promulgar la nueva Constitución. En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente fue creada como órgano *extraordinario* que, por la misma razón, detenía un mandato *temporal*. A ese órgano extraordinario se le confirió el carácter de instancia decisoria del poder constituyente, es decir, se le confirió la potestad, principalmente, de adoptar un proyecto de constitución cuya sanción definitiva se reservó el pueblo, titular del poder constituyente. De allí que, una vez cumplido el fin para el cual fue creada, la Asamblea Nacional Constituyente debía cesar en sus funciones, salvo que el titular del poder constituyente, es decir, *el pueblo*, previera otra cosa en las *disposiciones transitorias* de la nueva Constitución. Ello, muy a pesar de que las Bases Comiciales sobre el referendo consultivo relativo a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente señalaban que dicha Asamblea funcionaría por ciento ochenta días: se trataba del límite máximo de tiempo que podía tomarse la Asamblea Nacional Constituyente para adoptar el proyecto de constitución que le fue encomendado. En el mismo orden de ideas, es necesario tomar en consideración que, a tenor de lo establecido en esas Bases, la Asamblea Nacional Constituyente debía declarar sancionada la nueva Constitución si el número de votos afirmativos expresados en el referendo convocado a tal fin era superior al número de votos negativos y, posteriormente, promulgar esa Constitución, ordenando su publicación en la *Gaceta Oficial*. De tal manera, una vez realizado el referendo constituyente, la Asamblea no podía más que proclamar la sanción de la nueva Constitución y ordenar su publicación, dado que en el texto sancionado no se le otorgó facultad alguna, salvo la de adoptar la ley especial relativa al Distrito Capital. Admitir lo contrario sería tanto como afirmar que el órgano legislativo (órgano ordinario y permanente) puede, luego de haber sancionado el texto de una ley, modificarlo mientras la autoridad encargada de su promulgación procede a ello.

Es por lo anterior que consideramos que, al haber procedido a dictar las normas que regirían la *transitoriedad* a partir de la publicación de la nueva Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente *constituyó* un régimen de transición, *usurpando*, primero las “funciones” y, posteriormente, la autoridad del pueblo soberano. En otros términos, actuó como una “*junta de gobierno provisoria*”, emanando actos “constituyentes” no previstos en el ordenamiento jurídico vigente, tal como sucede luego del acaecimiento de un *golpe de Estado*, con la variante de que, generalmente, esos actos aparecen *antes* de que surja el cambio constitucional que resulta del *golpe de Estado*, y no después (*vid.* NIKKEN, C., “Sobre la invalidez de una Constitución”, pp. 206-211).

48 V., entre otras decisiones, TSJ-SC, 26-1-2000, *Eduardo GARCÍA*; TSJ-SC, 27-1-2000, *Milagros GÓMEZ, María BASTIDAS y otros*; TSJ-SC, 12-12-2000, *Defensoría del Pueblo*; TSJ-SC, 5-4-2001, *Francisco ENCINAS VERDE y otros*; TSJ-SC, 16-5-2001, *Asamblea Nacional*.

49 V., entre otras decisiones, TSJ-SC, 29-10-2003, *Tulio ÁLVAREZ (referendo consultivo)*.

50 V., por ejemplo, TSJ-SC, 11-2-2004, *Asociación Bolivariana de Abogados con la Constitución*, referida a la extensión de la vigencia *-contra legem-* del Estatuto Electoral del Poder Público.

De tal manera, la Sala Constitucional incluye en el “bloque de la constitucionalidad”, no los *tratados referidos a organismos multiestatales que producen normas aplicables en los Estados-parte*, sino, específicamente, los tratados referidos a *órganos supranacionales*⁵¹.

Debe, en efecto, hacerse una distinción entre los organismos *multiestatales* -que configuran una categoría general-, y los *órganos supranacionales* que, aunque son multiestatales, tienen sus especificidades propias.

Los organismos multiestatales son, en términos generales, aquéllos que sirven como medio o canal para que los Estados-parte de un tratado tomen decisiones conjuntas. Esas decisiones dan lugar a actos de diversa naturaleza, que pueden requerir o no aprobación *interna* para su vigencia; que establecen o no obligaciones para los Estados o; que más allá de obligar a los Estados entre sí, obligan a cada Estado con sus habitantes. Ejemplos típicos de tales organismos son la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos.

Por su parte, los *órganos supranacionales* son el producto de una *transferencia* de competencia -políticamente, de soberanía- que hacen los Estados-parte de un tratado, para que sean *órganos comunes* a ellos quienes dicten determinados actos jurídicos, aplicables directamente a sus *habitantes*. De allí que, en esencia, esos actos no deban ser aprobados previamente para su aplicación, por los *órganos* internos de cada uno de los Estados-parte del tratado. El ejemplo clásico de esos *órganos* viene dado por los creados mediante los tratados propios de la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea.

Venezuela ha *transferido* algunas competencias a *órganos supranacionales*, al suscribir y ratificar diversos tratados internacionales. Esto, principalmente, mediante los tratados relativos a la Comunidad Andina de Naciones, a los que conforman el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, a la jurisdicción penal internacional.

Obviando entrar en discusiones que nos alejarían del objeto del presente análisis, debemos entonces señalar que los *tratados internacionales* que crean y regulan el funcionamiento de los *órganos supranacionales* que conciernen a Venezuela son efectivamente parte del “bloque de la constitucionalidad”, pues sólo a través de ellos pueden los tribunales, especialmente el Tribunal Supremo de Justicia, determinar si los *órganos nacionales* han actuado en desconocimiento de los límites que les imponen esos tratados, asumiendo competencias transferidas a *órganos supranacionales* o, incluso, si han transgredido los actos dictados por estos últimos.

Con esto no queremos decir que los actos dictados por los *órganos supranacionales* formen parte del “bloque de la constitucionalidad” pues, aunque tengan mayor rango que los actos dictados por *órganos nacionales* en la jerarquía de las normas⁵², no pierden su naturaleza “legal” o “reglamentaria” y, en el caso, de “acto administrativo” o “sentencia judicial”. Sin embargo, cuando un *órgano estatal* incumple alguno de esos actos, viola el tratado internacional mediante el cual el Estado venezolano transfirió parte de su competencia a un *órgano supranacional* y, en consecuencia, el acto por el que lo hace es *inconstitucional*⁵³.

51 Confirmando esta posición, ver entre otras decisiones TSJ-SC, 15-7-2003, Rafael CHAVERO GAZDIK.

52 La superioridad de tales actos en la jerarquía de las normas aparece de lo establecido en los artículos 31 y 153 de la Constitución. En todo caso, esa superioridad resulta de que los *órganos nacionales* están principalmente llamados a *ejecutar* las decisiones tomadas por los *supranacionales*, sin que puedan modificarlos en modo alguno.

53 No compartimos la posición adoptada por la Sala Constitucional en su sentencia del 22-9-2000 (*Servio TULLIO LEÓN*), en la que señala que “surge una discusión casuística, que debe ser aclarada por algún organismo, siendo

III. EL CASO PARTICULAR DE LOS DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA

Siguiendo una tradición fundada en la Constitución de 1858⁵⁴, el texto de 1999, en su artículo 22, postula que: “*La enunciación de los derechos y garantías constitucionales contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos*”.

Por otra parte, el artículo 23 dispone que: “*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público*”. En ese sentido, el artículo 19 establece que: “*El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen*”.

Las normas citadas llaman a tres reflexiones que justifican el título de este capítulo. La primera es definir en qué consisten los *derechos inherentes a la persona*. La segunda, cuáles serían las *fuentes* de esos derechos. La tercera, el *rango* de esas fuentes en la ordenación jerárquica de las normas en Venezuela.

En cuanto a la determinación del significado de los *derechos inherentes a la persona*, de manera simplificada y evitando entrar en discusiones que nos alejarían de nuestro objeto, puede decirse que se trata de los *derechos subjetivos* que el constituyente reconoce como esenciales a toda persona -natural o moral-, individual o colectivamente considerada, o que, universalmente, son tenidos como tales. Esto llama a hacer dos consideraciones.

esta Sala la máxima autoridad para reconocer su vigencia en el Derecho Interno”, en lo que respecta a la constitucionalidad de las normas dictadas por los órganos multiestatales. La Sala Constitucional es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los *tratados internacionales*, antes de su ratificación (artículo 336, numeral 5, de la Constitución) e, incluso, sobre la constitucionalidad de las *leyes aprobatorias de tratados internacionales*, lo que indirectamente incidiría sobre la constitucionalidad de los tratados mismos (artículo 336, numeral 1, de la Constitución). No puede, sin embargo, controlar la “constitucionalidad” de los actos dictados por órganos supranacionales, si así no ha sido expresamente establecido en los tratados que regulan su organización y funcionamiento y, ello, en el sentido de determinar si esos actos se acuerdan con tales tratados. Por lo mismo, tampoco compartimos la posición adoptada por esa Sala, en el mismo sentido, en sentencia del 15-7-2003 (Rafael CHAVERO GAZDIK).

⁵⁴ Seguramente inspirada de la novena enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América. A pesar de su antigüedad, la norma ha sido aplicada en su mayor amplitud sólo a partir de 1983 (v., CSJ-SPA, 20-10-1983, Andrés VELÁSQUEZ) y, especialmente, de finales del siglo XX (ver CSJ-CP, 5-12-1996, *Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas*; CSJ-CP, 6-10-1998, *Ordenanza sobre la Delimitación de los Ejidos del Municipio Maturín del Estado Monagas*). Así, por ejemplo, con anterioridad la máxima instancia había declarado que el establecimiento de un procedimiento judicial constituye una *garantía accesorio* del derecho a la defensa (CFC 8-8-1937, *Artículo 32-6° de la Constitución*); y declarado conformes a la letra y al espíritu de la Constitución las tendencias del “colectivismo sano y eminentemente nacional”, contrapuestas al individualismo (CFC-SPA, 13-1-1940), dando paso, por ende, al nacional-socialismo y al fascismo, doctrinas ambas opuestas al individualismo y al comunismo, también rechazado por la Máxima instancia patria (CFC-SPA, 6-8-1936, *Artículo 32-6° de la Constitución*).

En primer lugar, es una innovación de la Constitución de 1999 colocar en un plano de igualdad, en lo que a derechos “fundamentales” se refiere, a las personas físicas y a las personas morales: a diferencia de lo que ocurría con anterioridad, la norma protectora de derechos a título *residual* se refería únicamente a la *persona humana*⁵⁵. De hecho, la mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos -si no todos- se refieren a las *personas naturales*.

Por otra parte en su artículo 26, la Constitución garantiza expresamente la tutela judicial efectiva, no sólo de los derechos individuales y de los sociales, sino también de los derechos colectivos y difusos, que constituyen categorías específicas.

En lo que se refiere a las *fuentes*, es decir, los *puntos de emergencia* de las normas que determinan los derechos inherentes a la persona que, al mismo tiempo, *justifican su obligatoriedad*, encontramos que los artículos 22 y 23 de la Constitución se refieren a *cuatro* categorías: la Constitución misma -como principal punto de emergencia de derechos inherentes a la persona-; los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República; los *instrumentos internacionales* sobre derechos humanos en general; y la *jurisprudencia*.

En cuanto a la “Constitución” no parece necesario formular ninguna aclaratoria. Sin embargo, es obligante llamar la atención sobre la distinción, que aparece en la Constitución, entre los tratados internacionales ratificados por la República y los instrumentos internacionales.

Nótese que los primeros son mencionados -en tanto que actos jurídicos que obligan al Estado venezolano- como fuente directa de *derechos inherentes a la persona* en los artículos 19 y 23. De hecho, se advierte que tienen rango superior al de la Constitución, en la medida en que establezcan normas sobre su ejercicio más favorables que las propias del derecho interno.

Los segundos, en cambio -que en todo caso comprenden a los primeros-, son designados como fuente de derechos *residuales* inherentes a la persona⁵⁶.

En cuanto a la jurisprudencia, al margen de lo que ya fue expuesto, su alusión como fuente directa de “derechos inherentes a la persona” encuentra una explicación en lo establecido en el artículo 22 constitucional citado: si el constituyente reconoce la existencia de derechos inherentes a la persona distintos a los enumerados por él expresamente, o a los definidos en instrumentos internacionales -entre los que cuentan los tratados-, ¿dónde, si no es en la *jurisprudencia*, podemos encontrar esos *derechos*?

En efecto, aunque el artículo 22 es amplísimo al determinar las *fuentes* de derechos inherentes a la persona, la misma norma advierte que no es *exhaustiva*, al reconocer que pueden existir derechos distintos a los señalados en esas fuentes. Así, la norma entiende que “derechos” definidos, por ejemplo, en textos legales o reglamentarios, pueden ser

55 En una sentencia de cuyo contenido discrepamos en de más de un aspecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia pretende desconocer la aludida innovación introducida por el constituyente, dejando entender que los derechos garantizados en forma residual lo están únicamente a las personas naturales y no a las morales, contrariando lo expresado en los artículos 19 y 22 de la Constitución (v., TSJ-SC, 15-7-2003, Rafael CHAVERO GAZDIK).

56 Tal designación, a nuestro modo de ver, sigue la interpretación vertida en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, el 6-10-1998 (*Ordenanza sobre la Delimitación de los Ejidos del Municipio Maturín del Estado Monagas*), en la que se recurrió a instrumentos internacionales diversos que no formaban parte del ordenamiento jurídico venezolano.

inherentes a la persona y que, por ello, gozan de *protección constitucional*. Ahora bien, en la medida en que tales “derechos” estarían expresados en textos *infraconstitucionales*, sólo podría el juez considerarlos como *inherentes a la persona*⁵⁷. Lo mismo ocurre con derechos inherentes a la persona que no estén *inscritos* en ningún documento, como los que pueden derivar de *principios generales del derecho*, de alguna *práctica constitucional* o, cualesquiera otros que el juez considere como tales.

Ahora bien, ¿tienen todas las *fuentes* de derechos inherentes a la persona el mismo *rango* en la jerarquía de las normas?

La respuesta a la interrogante formulada está inscrita en el artículo 23 de la Constitución: *no*.

Aplicando, en parte, la teoría de la *supraconstitucionalidad*, la norma dispone que los tratados internacionales ratificados por la República tienen un rango *superior* al de la Constitución, en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio de los derechos inherentes a la persona más favorables que los previstos en el orden interno, advirtiendo, en todo caso, que de no ser así, tienen rango *constitucional*⁵⁸.

Alcanzan el rango de la Constitución, por aplicación del artículo 22, los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia que defina derechos inherentes a la persona⁵⁹. En efecto, si la Constitución establece que *la falta de ley reglamentaria* no menoscaba el ejercicio de los derechos inherentes a la persona *no enunciados*, debe entenderse que la Constitución misma garantiza su goce y ejercicio, como garantiza el goce y ejercicio de los que ella enuncia⁶⁰.

57 Así ocurrió, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, con el “derecho a la participación ciudadana en la ordenación y planificación territorial”, definido por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en sentencia del 5-12-1996 (*Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas*), a partir de lo previsto en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal. También ocurrió con el “derecho a referéndum consultivo”, definido por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19-1-1999 (*Fundahumanos*), a partir de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

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

59 Vale señalar que, al margen de lo expresado en la nota anterior, se ha dicho que, en general, los derechos inherentes a la persona tienen valor *supraconstitucional* (NIKKEN, P., Prólogo a *Los derechos del niño vs. los abusos parlamentarios de la libertad de expresión*, de ANDUEZA, J.G., BREWER-CARÍAS, A.R., y FERNÁNDEZ, G., EJV, Caracas, 1994, p. 13).

60 Por extraño que pueda parecer, a partir de lo previsto en el artículo 50 de la Constitución de 1961 (antecedente inmediato del artículo 22 vigente), la jurisprudencia había señalado que gozaban de protección directa de la Constitución los derechos inherentes a la persona humana *no enumerados*, pues era a tales derechos a los que se refería la norma al señalar que la falta de ley reglamentaria de los mismos no menoscabaría su ejercicio. En cuanto a los dere-

Forman, entonces, parte del “bloque de la constitucionalidad” venezolano los tratados internacionales ratificados por la República y demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como la jurisprudencia que defina derechos inherentes a la persona.

* * *

Hasta aquí hemos hecho un ejercicio académico, consistente en definir el “bloque de la constitucionalidad” venezolano.

La aludida definición es, sin embargo, incompleta: no se sintetiza el *contenido* del “bloque de la constitucionalidad”, ni se hace referencia a las constituciones estatales que, a nuestro juicio, son normas de valor constitucional excluidas jurisprudencialmente del “bloque de la constitucionalidad”⁶¹.

En cuanto a la primera omisión, pedimos la indulgencia del lector esperando sepa comprender que si es difícil sintetizar el contenido de la Constitución *positiva*, de los actos que conforman el régimen de transición o de los tratados internacionales ratificados por la República aludidos, lo es todavía más analizar y sintetizar el contenido no ya de los diversos instrumentos internacionales suscritos o no por la República, sino la vastísima y cambiante “jurisprudencia” constitucional, que es la que, finalmente, define los valores y principios constitucionales, tanto como los derechos inherentes a la persona.

En lo que se refiere a las constituciones estatales, la especificidad del tema y su tratamiento jurisprudencial actual, nos llevan a considerar que su análisis amerita un estudio aparte que esperamos poder presentar prontamente.

Por otra parte, si se atiende a que se definió el “bloque de la constitucionalidad” venezolano a partir de la idea de normas escritas y no escritas, pensamos que debimos hacer referencia a la flexibilidad o rigidez de nuestra vigente “constitución”. También creemos que debimos referirnos a su norma fundamental.

En cuanto a la rigidez o flexibilidad de la “constitución”, con independencia del matiz que sobre ambas características impone la idea de “bloque de constitucionalidad”, cualquier referencia a tales elementos carece de utilidad práctica, visto que la misma la -“constitución”- es en su mayor parte no escrita y que, además, el contenido de su parte escrita no depende de la *soberanía popular*, sino de órganos multiestatales y del poder judicial, representado fundamentalmente por el Tribunal Supremo de Justicia.

En lo que atiende a la *norma fundamental* de la “constitución”, nos basta con hacer referencia a lo que escribimos en homenaje a un maestro y amigo:

[e]sa norma fundamental supone que el pueblo está por encima de la Constitución y, además, que puede ejercer su soberanía por cualquier medio y en todo momento, incluso contra la Constitución”⁶².

chos *enunciados*, se advertía que, si su ejercicio suponía una ley que lo regulara, entonces no gozaban de protección constitucional, al estar inscritos en una norma *programática* (v., CSJ-SPA, 14-12-1970). Tal apreciación se modificó en sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 20-10-1983 (Andrés VELÁSQUEZ) y, desde entonces, se entiende que la Constitución protege todos los derechos inherentes a la persona, independientemente de que hayan sido o no reconocidos por ella o desarrollados mediante ley (v., en ese sentido, TSJ-SE, 19-5-2000, APUCV vs. CNE).

61 V., NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, pp. 338-342.

62 NIKKEN, C., “Sobre la invalidez de una Constitución”, p. 214.

Sin embargo, visto que la realidad muestra que esa norma fundamental no sólo es rechazada por el pueblo, sino que es desconocida por los órganos del Estado, más allá de lo expuesto *supra* en cuanto a la vigencia de la Constitución *positiva*, “la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 carece de validez: una constitución cuya norma fundamental no es generalmente aceptada en su aplicación es jurídicamente inválida”⁶³.

Queda entonces pendiente una importantísima tarea: develar el contenido de nuestra verdadera “Constitución”.

63 *Idem*, p. 217.

§4. GOBERNABILIDAD Y REGÍMENES POLÍTICOS

Henrique Meier

Profesor de la Universidad Metropolitana
y Universidad Católica Andrés Bello

ADVERTENCIA

No es objeto de este ensayo abordar el complejo tema del concepto y la tipología de los regímenes políticos. Sin embargo, consideramos pertinente, en aras de una mejor comprensión de la relación entre gobernabilidad y regímenes políticos, referirnos, así sea de manera escueta, y antes de abordar la clasificación de los regímenes políticos en el mundo de nuestros días, a las nociones de formas de Estado, formas de gobierno y regímenes políticos. Se justifica ese breve examen conceptual en la intrincada articulación de esas categorías conceptuales de la ciencia política y el Derecho Constitucional.

I. FORMAS DE ESTADO, FORMAS DE GOBIERNO Y REGÍMENES POLÍTICOS

1. Formas de Estado

En la Teoría Clásica del Derecho Constitucional, o Derecho Político, se entiende por formas de Estado la clasificación de las organizaciones estatales atendiendo a la titularidad del poder público. Cuando dicho poder se halla concentrado en un centro institucional o personal (caudillismo) único estamos en presencia de un Estado unitario, un Estado donde el poder está centralizado (Ejemplo, las monarquías absolutistas europeas de los siglos XVI al XVII, las dictaduras personalistas y los Estados totalitarios del siglo XX y comienzos de este milenio). Esa instancia no es otra que el poder nacional o central. Es inocuo que la Constitución política declare “formalmente” al Estado como descentralizado, si en la práctica, y por obra de mecanismos extra constitucionales, el poder real es detentado por esa instancia única (Caso *Venezuela*).

Por su parte, en las formas o modalidades descentralizadas de Estado el poder público se reparte o distribuye entre una instancia nacional y diversas y plurales instancias regionales y locales. Se fundamenta este tipo de organización estatal en el reconocimiento de autonomía relativa a determinadas colectividades político-territoriales (estados de la unión, comunidades autónomas, provincias, regiones, municipalidades) que, en consecuencia, y dentro de los límites establecidos en el pacto federativo expresado en la Constitución política, disponen de poder para autogobernarse, escogiendo a sus autoridades regionales y locales (democracia local), legislando en las materias que conforman sus competencias propias, generando y administrando sus propios recursos fiscales y finan-

cieros, etc. Los Estados descentralizados varían de acuerdo con el grado y la intensidad de la autonomía de las entidades descentralizadas. El modelo extremo es el Estado federal en su sentido estricto (USA, España, la Confederación Helvética).

2. Formas de gobierno

Por formas de gobierno conciben los teóricos del Derecho y la Ciencia Política el modo como se organiza la titularidad y el ejercicio del poder gubernamental dentro de la estructura del Estado, lo que comprende la esfera de las relaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo, y en particular las modalidades de elección de los dos organismos, su título de legitimidad y el balance de sus prerrogativas.

Tradicionalmente se clasifican a los gobiernos en Régimen de Asamblea o gobierno de asamblea, en los casos en los que el poder gubernamental o ejecutivo y el legislativo se concentran en un órgano colegiado o asamblea de representantes del pueblo¹.

Régimen presidencialista o gobierno presidencialista, cuando la jefatura del Estado y del gobierno se unifican en un órgano unipersonal: el Presidente de la República (todos los regímenes de gobierno del Hemisferio Americano)².

Y régimen parlamentario o gobierno parlamentario³, esquema institucional en el que se separan la titularidad de la jefatura del Estado (un monarca en las monarquías constitucionales modernas o un presidente en las repúblicas) y la titularidad de la jefatura del gobierno (primer ministro o presidente del gobierno). El jefe del Estado carece de poderes reales, simboliza a la unidad de la nación y la representa internacionalmente. El poder gubernamental lo detenta el jefe del gobierno, y su designación por parte del jefe del Estado depende de la mayoría parlamentaria. Para que funcione el sistema político el jefe del gobierno ha de ser necesariamente el diputado líder del partido o de la coalición de partidos que controle la mayoría del parlamento. El parlamento puede cambiar al go-

1 Existe también la modalidad denominada "Gobierno Directorial". Esta relación de las formas de gobierno sería incompleta si no se tomara en consideración, aunque sea en síntesis la llamada forma Directorial que caracteriza al gobierno de la Confederación Helvética. Por una serie de motivos históricos (guerras entre cantones protestantes y católicos), étnicos (diferencias profundas entre grupos lingüísticos) y constitucionales (la naturaleza constitucional del sistema), el consejo federal, surgido del poder legislativo, tiene una naturaleza colegial. No puede disolver las Cámaras, es elegido con base en la representación proporcional según la consistencia de los diversos partidos y funciona según una rotación periódica del cargo de presidente del consejo federal.

2 La forma de gobierno presidencial se caracteriza, en su estado puro, por la concentración en un único cargo de los poderes de jefe de estado y jefe de gobierno. En dicha forma de gobierno, el presidente ocupa una posición central respecto de todas las fuerzas e instituciones políticas. En el caso estadounidense él es, al menos nominalmente, el jefe de su partido, el jefe del gobierno o administración, y escoge personalmente a los diversos ministros o secretarios de departamento. El presidente representa a la nación en las relaciones internacionales; estipula, aunque sujeto al *advice and consent* del senado, los tratados internacionales; le compete el poder de declarar la guerra. Además, tiene la iniciativa de las leyes más importantes y es fuente de decisiones. La centralidad de su función deriva del hecho de haber sido elegido por el conjunto del cuerpo electoral.

3 La forma de gobierno parlamentario se caracteriza por el surgimiento del equipo de gobierno desde el seno del parlamento...y de su responsabilidad ante el mismo parlamento, el cual puede llegar a decretar su caída. A su vez, en los sistemas parlamentarios el gobierno tiene el poder de disolver el parlamento o pedir su disolución al jefe del estado en el momento en que no obtenga de éste su confianza (o en algunos, casos como el inglés, a fin de convocar nuevas elecciones en mejores circunstancias). El elemento diferencial de mayor relieve entre los diversos tipos de gobierno lo constituye la naturaleza del sistema de partidos. En efecto, en donde existen sólo dos partidos, o en el caso en que un solo partido obtenga la mayoría absoluta de los escaños, la forma de gobierno parlamentaria reviste características de solidez y estabilidad mayores que en los lugares donde el gobierno está compuesto por coaliciones de varios partidos.

bierno con un voto de censura aprobado por la mayoría contra el jefe del ejecutivo (la mayoría de los países europeos). Se habla, asimismo, de regímenes semiparlamentarios o semipresidencialistas (Francia, por ejemplo)⁴.

3. Regímenes políticos. Concepto. Clasificación

El concepto de régimen político, según la teoría en la materia⁵, implica un juicio de valor sobre el funcionamiento del sistema político como un todo. Prescinde de consideraciones formales, de las apariencias constitucionales y legales, tiene que ver con la realidad política, el balance entre dos valores políticos que históricamente siempre han estado en tensión: la autoridad y la libertad.

Al respecto, y a grosso modo, los regímenes políticos se clasifican en sistemas autoritarios y sistemas democráticos. Los primeros, no obstante el autoritarismo admita distintos grados y modalidades, tienen en común la preponderancia de la “autoridad” sobre la “libertad”, es decir, prevalecen los intereses del poder sobre los derechos y libertades ciudadanos.⁶

Los segundos, a pesar de que la libertad también admita diferentes grados y modalidades, se distinguen por la preponderancia de los derechos y libertades ciudadanos sobre la ratio o logos del poder⁷; es más, el origen del poder mismo se fundamenta en la libertad-

4 La más importante y conocida variante del gobierno presidencial la constituye el modelo del V República francesa. En primer lugar, el Presidente de la República no es al mismo tiempo jefe del gobierno. Sin embargo, es de su incumbencia el nombramiento de un primer ministro que de hecho depende de él, como de él dependen los demás ministros elegidos de mutuo acuerdo. Hay que aclarar que si bien el presidente de la República designa al primer ministro, esa designación necesariamente, como en los regímenes parlamentarios, debe recaer sobre el líder de la mayoría parlamentaria. Ahora bien, cuando el partido político del presidente obtiene la mayoría en las elecciones parlamentarias, puede decirse que el primer ministro depende del jefe del estado, ya que él designará a un político de su absoluta confianza; pero, cuando ocurre lo contrario, esto es, en el caso en que la oposición logra controlar la mayoría parlamentaria, toda vez que el presidente es electo por el pueblo por un período de siete años, y el parlamento, la asamblea nacional, es renovado a mitad de dicho período, el jefe del estado tendrá que designar forzosamente como primer ministro al diputado líder de esa mayoría. Los franceses llaman a ese tipo de situación política la “cohabitación”. Por otra parte la Constitución Francesa distribuye las potestades del poder ejecutivo entre el presidente y el primer ministro; por tanto, el jefe del estado dispone de poderes reales, a diferencia del presidente Italiano y Alemán.

5 El régimen es el conjunto de instituciones que regulan la lucha por el poder y el ejercicio del poder y de los valores que animan la vida de esas instituciones. Los principios monárquicos, democrático, socialista, fascista, etc., definen algunos tipos de instituciones y de valores correspondientes, en los que se basa la legitimidad del régimen.

6 En la tipología de los sistemas políticos se suelen llamar autoritarios a los regímenes que privilegian el aspecto del mando y menos precian de un modo más o menos radical el del consenso, concentrando el poder político en un hombre o en un solo órgano y restando valor a las instituciones representativas: de ahí la reducción a la mínima expresión de la oposición y de la autonomía de los subsistemas políticos y la anulación o la sustancial eliminación del contenido de los procedimientos y de las instituciones destinadas a transmitir la autoridad política desde la base hasta lo alto. Una característica común a todos los niveles es el lugar central que ocupa el principio de *autoridad* y, por lo mismo, la relación entre mando apodíctico y obediencia incondicional.

7 Nuestro criterio para definir una democracia puede resumirse diciendo que es la libertad legal para formular y proponer alternativas políticas con derechos concomitantes de libertad de asociación, libertad de expresión y otras libertades básicas de la persona; competencia libre y no violenta entre líderes con una revalidación periódica de su derecho para gobernar; inclusión de todos los cargos políticos efectivos en el proceso democrático, y medidas para la participación de todos los miembros de la comunidad política, cualesquiera que fuesen sus preferencias políticas. Prácticamente esto significa libertad para crear partidos políticos y para realizar elecciones libres y honestas a intervalos regulares, sin excluir ningún cargo político electivo de la responsabilidad directa o indirecta ante el electorado...Lo que distingue a un régimen democrático no es tanto la oportunidad incondicional para expresar opiniones, sino la oportunidad legal e igual para todos de expresar todas las opiniones y la protección del Estado contra arbitra-

participación de los ciudadanos, o la elección de las autoridades que conforman la estructura de autoridad del Estado por parte de los ciudadanos en ejercicio de un derecho humano de naturaleza política o cívica: el sufragio. Además de legitimarse el origen del poder en la voluntad de los ciudadanos expresada mediante el sufragio, en estos tiempos la ética democrática universal postula lo que podríamos denominar como la “legitimidad axiológica” o el complemento de la democracia formal, política, con la “democracia sustancial”. Y un régimen político es democrático en su sustancia cuando se respetan y garantizan los derechos humanos en general y no sólo los derechos vinculados a la libertad-participación.

Es por esa razón que Peter H. Smith, catedrático de ciencia política de la Universidad de California en San Diego, se refiere a los grados de la democracia:

Un supuesto comúnmente aceptado es que las elecciones libres e imparciales van acompañadas del respeto por los derechos y libertades de los ciudadanos. No siempre es éste el caso. Por la razón que sea, el pueblo puede elegir voluntariamente a tiranos, puede ser engañado para que elija a tiranos, o puede tolerar comportamiento tiránico por parte de los gobernantes electos. En cualquiera de estos casos, el resultado sería lo que se ha dado a conocer como “democracia iliberal”. Un régimen que combina elecciones libres e imparciales con la limitación sistemática de las libertades y derechos.⁸

Es necesario acotar que un régimen democrático en su origen puede devenir paulatina o abruptamente en autoritario (El régimen de Fujimori en el Perú de los años noventa), o que, sin perder totalmente su naturaleza democrática, tienda al autoritarismo por el empleo de métodos contrarios a los principios democráticos (el régimen de Chávez Frías en la Venezuela de comienzos de milenio). También puede suceder lo contrario, que un régimen autoritario en sus inicios se flexibilice progresivamente y admita espacios de libertad, como por ejemplo una convocatoria a elecciones (El régimen de Pinochet en Chile de los años ochenta).

El tema es harto complejo. Peter Smith, autor antes citado, tiene su propia clasificación de los regímenes políticos:

Los regímenes políticos que combinan elecciones libres e imparciales con una extensa protección de las libertades civiles se clasifican como democracias completas o liberales. En otras palabras satisfacen los requerimientos de la democracia plena que formulara Robert Dahl y otros. En cambio, los regímenes autoritarios no tienen elecciones significativas. Autocracias de línea dura o dictaduras (como los regímenes burocrático-autoritarios de América del Sur) imponen una represión incesante hasta el punto que las libertades civiles son mínimas; las dictaduras tradicionales, a veces conocidas como dictablandas, permiten el disfrute parcial de libertades civiles, pero sólo dentro de límites preestablecidos. Como cuestión de definición conceptual y observación empírica, las autocracias no promueven amplias libertades civiles; si lo hicieran, no serían realmente autocracias. Las semi-democracias pueden coexistir con una gama medianamente amplia de libertades civiles, y en parte por esta razón, tienden a tener corta vida. Por lo que nos atañe, la categoría más importante es “democracia iliberal”, que combina elecciones libres e imparciales con restricciones parciales, pero sistemáticas de las libertades civiles (los regímenes que combinan elecciones democráticas con libertades civiles mínimas también se clasifican en democracias iliberales, aunque tienden a ser muy pocos en la práctica).⁹

riedades, especialmente la interferencia violenta contra ese derecho. No precisa que los partidos se turnen en el poder, sino la posibilidad de que esto suceda, aun cuando esta alternación es evidencia *prima facie* del carácter democrático de un régimen”. Vid., LINZ, Juan, *La quiebra de las democracias*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, pp. 17-18.

⁸ SMITH, Peter, “El surgimiento de la democracia iliberal en América Latina”, en *Tribuna Americana*, Segundo semestre 2004, N° 4, Casa de América, 2004, p. 95.

⁹ *Ibidem*, p. 96.

4. La relación entre formas de Estado, formas de gobierno y regímenes políticos

Al relacionar los conceptos de formas de Estado, formas de gobierno y regímenes políticos, podemos establecer las compatibilidades e incompatibilidades entre esas formas institucionales de organización de la estructura y dinámica del poder político. Es así como la democracia sustancial, no la formal, es incompatible con un Estado centralizado, de plena concentración del poder en una instancia única, ya que esa concentración es evidente demostración de autoritarismo; por tanto, la democracia sustancial sólo puede funcionar en el contexto institucional de un Estado más o menos descentralizado donde, igualmente, opere el principio de separación de poderes; que las diversas funciones del poder estatal: normativa, gubernamental-administrativa y jurisdiccional, correspondan a órganos separados dotados de autonomía.

Rasgo del autoritarismo no es sólo la unificación de la titularidad del poder estatal en el denominado poder público nacional, sino, asimismo, la concentración real (con prescindencia de las normas constitucionales) de las decisiones relativas a las diversas funciones estatales (normativa, gubernamental, jurisdiccional) en un centro personal: el jefe del Estado y del gobierno, el dueño del poder. Todos los tipos de autoritarismo: despotismos, dictaduras, totalitarismos, etc. se caracterizan por la plenitud de poderes del dictador, trátase del presidente de la república (Fujimori, Hussein, Perón, Pérez Jiménez, Castro, Chávez Frías), del secretario general del partido único (Stalin), del primer ministro (Hitler), etc.

En ese sentido, pues, cualquier modalidad de régimen autoritario presupone la eliminación del principio de separación de poderes, garantía institucional que tiene por finalidad controlar la tendencia del poder gubernamental a extender su dominio sobre la totalidad de la estructura estatal, en detrimento de la autonomía de los poderes legislativo y judicial. El primero y básico obstáculo para la instauración de un régimen hegemónico es la desconcentración y descentralización del poder estatal. Por ello, todos los líderes autoritarios son enemigos acérrimos de la separación de poderes y del principio federal.

La estrategia autoritaria, cuando se trata de transmutar una democracia en sistema totalitario, ejemplo la estrategia empleada por Hitler luego de su designación como Canciller de la República democrática del Weimar en el año 1934, es clásica: para controlar la sociedad, con la eliminación de todas las libertades públicas y privadas, objetivo final del régimen totalitario, primero hay que conquistar por dentro al Estado, es decir, controlar al parlamento mediante una mayoría de diputados afectos al partido o movimiento político del líder fundamental, y al poder judicial, sustituyendo a los jueces independientes, comenzando por los magistrados del más alto tribunal o tribunal supremo, por hombres y mujeres absolutamente leales a su líder y al proceso de aniquilación de las libertades ciudadanas.

Así, con un parlamento controlado por el poder gubernamental se aprobarán leyes contrarias a los derechos fundamentales, pero favorables a los logros del poder, al proyecto totalitario. Y al no existir un poder judicial autónomo, tanto esas leyes como los actos arbitrarios del gobierno, no podrán ser impugnados con éxito aunque signifiquen patentes violaciones a normas constitucionales o a valores y principios democráticos de tradición histórica. Es por esa razón que un pueblo, una nación puede tolerar un mal, un pésimo gobierno, o una mediocre legislatura, pero si cuenta con un poder judicial “autónomo”, una comunidad de jueces razonablemente “independiente” de los poderes ejecutivo y legislativo, un auténtico “árbitro” garante de la aplicación relativamente imparcial

del ordenamiento jurídico y de la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas, tiene garantizada la paz social que se basa en la seguridad jurídica y en una administración confiable de la justicia.

En caso contrario, cuando los jueces carecen de autonomía y se hallan sometidos a los logros del poder gubernamental, forman parte del proyecto de dominación totalitaria de la sociedad, la ciudadanía consciente y lúcida de sus derechos se encontrará absolutamente inerte, indefensa ante el avance del poder estatal. Sólo le quedará la resistencia activa o pasiva con los riesgos para la vida, integridad física y libertad personal, dada la posibilidad para el régimen de reprimir abiertamente la disidencia.

Ello quiere decir que el autoritarismo es compatible con el régimen presidencialista; pero no con un sistema parlamentario cuya base institucional es la democracia representativa o liberal, es decir, el sistema que se organiza y opera a partir de la presencia de partidos políticos que aglutinan las diversas opciones democráticas y luchan por el poder ofreciendo alternativas al electorado: actúan como correas de transmisión entre el Estado y la opinión pública. En el régimen de gobierno parlamentario, trátase de un modelo bipartidista o de pluralidad de partidos (los totalitarismos se caracterizan por el sistema de partido único), éstas organizaciones constituyen los medios institucionales que permiten realizar la voluntad del Estado como expresión de la mayoría democrática.

Este modelo se ha venido imponiendo en la mayoría de los estados europeos desde el final de la Segunda Guerra Mundial, tal vez como un imperativo del proceso de conformación de la Unión o Comunidad Europea. La dramática experiencia de los totalitarismos en Alemania y Rusia, así como el fascismo italiano que no llegó a los extremos del nacional socialismo y del comunismo, antes y durante la mencionada guerra, y de las dictaduras que sobrevivieron a ese conflicto bélico hasta la década de los setenta en España y Portugal, hicieron comprender a los pueblos del viejo continente los riesgos que representa para la vigencia de la democracia, la paz, y los derechos humanos los regímenes autocráticos, cuando el poder gubernamental se concentra en una persona.

La democracia representativa, cuya más cabal expresión es el régimen parlamentario, forma parte de la filosofía política que inspiró la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Al respecto, el artículo 21 de la mencionada Declaración proclama el derecho de toda persona:

[...] a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos” y declara que “la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público”, esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

La historia política del siglo XX nos enseña como el nacionalismo extremo o chauvinismo, sentimiento arraigado en el alma de las naciones europeas, es más fácil de manipular en un sistema autocrático que en una democracia parlamentaria. Líderes nacionalistas como Hitler y Mussolini que exaltaron hábilmente ese sentimiento colectivo en tiempos de crisis política, económica y social, surgieron sobre las ruinas de Estados en los que, casos de Italia y Alemania, el parlamentarismo no había logrado afianzarse como forma de gobierno caracterizada por la separación de poderes y el control político e

institucional efectivo del poder gubernamental por un órgano colectivo que representa directamente la voluntad del electorado (parlamento).¹⁰

Caso opuesto es el de Inglaterra, Nación en la que, a pesar de la situación de extrema emergencia política, social, económica e institucional provocada por la guerra, Churchill, Primer Ministro al frente de un “gabinete de guerra”, rendía cuentas al parlamento, y por tanto al pueblo Inglés. Estaba consciente, por su formación ética y su vasta carrera parlamentaria, que el poder no le pertenecía, que era un mandatario de su pueblo. Es casi imposible que en esa antiquísima Nación pueda surgir un líder mesiánico. Lo impide la cultura política del pueblo, la historia y las tradiciones, las instituciones y prácticas políticas del régimen parlamentario.

Esa es, en nuestro criterio, la ventaja indiscutible del régimen parlamentario respecto del presidencialista, pues aun en las democracias que tienen esta forma de gobierno, la concentración de todo el poder gubernamental en una sola persona promueve el autoritarismo. El presidente es percibido como el líder de la nación, sobre él recae toda la responsabilidad política de los éxitos o fracasos gubernamentales. Esta acotación es válida tanto para una democracia liberal bicentenaria, los Estados Unidos de Norteamérica, como para las precarias democracias latinoamericanas.

La tentación del autoritarismo explica el caso *Nixon*, como el ex Presidente de esa Nación llegó a creerse “invulnerable” (Watergate), por encima de la Constitución, de las leyes, y del Congreso (extensión de la guerra de Vietnam, finales de la década de los 60, ocultándole al Congreso, mediante datos falsos, el envío de tropas, el aumento indiscriminado de los bombardeos, etc).

El actual Presidente de ese país no escapa a esa tentación (invasión de Irak). ¿Cómo puede aceptar un pueblo de tradición democrática que la decisión de activar el armamento atómico esté en manos de una sola persona?

En América Latina, desde México a la Argentina, el presidencialismo siempre ha estado unido al autoritarismo. Abierto y desenfado en los regímenes dictatoriales, disfrazado, pero no menos presente, en los periodos de frágiles democracias. Por esa razón, intelectuales mejicanos (Paz, Fuentes) han calificado al Presidente de ese país de “rey sin corona” y “dictador constitucional”.

10 Jean FRANCOIS REVEL alude a ese tópico al referirse al Fascismo, el comunismo y el nacional socialismo como ideologías y movimientos políticos contrarios a la democracia parlamentaria: “Los tres se consideran revolucionarios, los tres son hostiles al espíritu “burgués” y a la democracia parlamentaria. Son anticapitalistas. Poco antes de su caída y presintiéndola inevitable, Adolf HITLER se lamentó de no haber imitado a STALIN y no habar nacionalizado, como él, toda la economía. Contrariamente a la tesis-trola de los marxistas, tesis que, como de costumbre, jamás se confrontó con los hechos, el “gran capital” no financió la llegada al poder de MOUSSOLINI ni de HITLER. La revolución nazi, por el contrario, aunque también rompió con el parlamentarismo burgués, miró más al pasado, preconizando la vuelta a la pura germanidad, tal como se suponía existía antes de la corrupción de la raza “aria” por la mezcla con las razas inferiores. Por el contrario, la formación intelectual de MOUSSOLINI, como la de los bolcheviques, debe más a la herencia de la Revolución Francesa y, especialmente, aunque parezca asombroso, a GRACCHUS BABEUF. A semejanza de este último y de los comunistas, el DUCE cree en la posibilidad de construir, por medio de la educación, un “hombre nuevo”. Y los comunistas como los fascistas, buscan, o creen que buscan, el progreso. Según ellos, los hombres del siglo XIX cometieron el error de querer alcanzar el progreso por medio de la democracia, que no lleva más que a divisiones y a la corrupción. Para evitarlo, hay que recurrir a un Estado concentrado en el poder de una única persona. “Cuando el poder está en manos de un solo hombre”, escribe Luigi PIRANDELLO en el Difunto MATÍAS PASCAL, “ese hombre sabe que es el único y que debe satisfacer a muchos, pero cuando son muchos los que gobiernan sólo buscan satisfacerse a sí mismos y es cuando se desemboca en la más idiota y odiosa tiranía: la tiranía bajo la máscara de la libertad”. Sin embargo, el poder de un solo hombre sólo se justifica por el apoyo de todo el pueblo, según la idea de MOUSSOLINI, gran experto en la movilización de masas”. REVEL, Jean FRANCOIS, *La gran mascarada*, Taurus, España, pp. 213-214.

Octavio Paz se remonta en la historia para explicar el origen de ese “presidencialismo autoritario”.

Los nuevos países, por lo demás, siguieron siendo las viejas colonias: no se cambiaron las condiciones sociales, sino que se recubrió la realidad con la retórica liberal y democrática. Las instituciones republicanas, a la manera de fachadas, ocultaban los mismos horrores y las mismas miserias. Los grupos que se levantaron contra el poder español se sirvieron de las ideas revolucionarias de la época, pero no pudieron ni quisieron realizar la reforma de la sociedad. Hispanoamérica fue una España sin España. Sarmiento lo dijo: los gobiernos hispanoamericanos fueron los “ejecutores testamentarios de Felipe II”. Un feudalismo disfrazado de liberalismo burgués, un absolutismo sin monarca pero con reyezuelos: los señores presidentes. Así se inició el reino de la máscara, el imperio de la mentira. Desde entonces la corrupción del lenguaje, la infección semántica, se convirtió en nuestra enfermedad endémica, consubstancial.¹¹

El caudillismo militarista atávico es un componente del liderazgo presidencial en estos países, como lo prueban las recurrentes dictaduras militares que cíclicamente asolan a los pueblos de estas latitudes. Las propias constituciones, tal es por ejemplo la mayoría de los textos fundamentales que ha tenido Venezuela, formalizan el presidencialismo autoritario. Hoy la Constitución Nacional (1999) se caracteriza por el reforzamiento del centralismo y del presidencialismo¹².

Esta es la realidad de los regímenes políticos en América Latina: durante la década de los noventa:

[...] 24, 7 millones de personas, menos del 5 por ciento de la población total de la región, disfrutaron democracias políticas con libertades civiles sin restricciones (Chile, Costa Rica, Panamá y Uruguay). 296,5 millones de personas en diez países, cerca del 60 por ciento total, vivieron bajo democracias electorales con libertades civiles parcialmente restringidas en cinco países-Ecuador, Haití, México, Perú, Venezuela-, a los cuales podríamos referirnos como “semidemocracias iliberales”. Luego está el caso de Cuba, incluido aquí para efectos ilustrativos, clasificada como un régimen no democrático con protección mínima de las libertades civiles: una pura autocracia.

11 PAZ, Octavio, *Los hijos del limo*, opus cit., p. 126.

12 En mi obra, *Seguridad, Estado, Sociedad y Derecho* hago referencia a ese tópico: “Se ha dicho, y con razón, que la Constitución de 1999 es un traje hecho a la medida de las ambiciones de poder de Hugo CHÁVEZ FRÍAS, elaborada, discutida y aprobada en tiempo record en un cuestionado referendo el 15 de diciembre de ese fatídico año, mientras miles de personas perecían y otras tantas perdían sus viviendas, negocios, familiares y amigos en los trágicos sucesos del deslave provocado en la vertiente sur (litoral central) del cerro el Ávila, por las torrenciales lluvias de ese y días anteriores. Constitución enmendada inconstitucionalmente dos veces bajo el execrable argumento de la “reimpresión por error de copia” en la *Gaceta Oficial de la República*. Constitución con más de 80 artículos declarativos de derechos humanos “para que los árboles impidan ver el bosque”, es decir, distraer la atención por la frondosidad de sus principios, valores y derechos, esquema axiológico “inspirado” en la más venerada doctrina universalista sobre el tema, mientras en la organización de los poderes públicos se pretende disfrazar un conjunto de disposiciones diseñadas para instaurar un régimen personalista de plenos poderes. En ese sentido, basta analizar las disposiciones relativas a las atribuciones o potestades del Presidente de la República (art. 236 CN) y las que se refieren a las competencias del Poder Nacional (art. 156 CN) y del Poder Estadal (los estados de la supuesta federación), para apreciar como, en esta Constitución, se han reforzado las tradicionales tendencias de la cultura y la praxis político-estatal del país del presidencialismo autoritario e imperial”, la concentración de poderes normativos y gubernamentales en es instancia única del Poder Ejecutivo en detrimento del órgano parlamentario nacional (debilitamiento del principio de separación de poderes), y del “centralismo”, o la concentración de poderes en los órganos del Poder Nacional, en detrimento de los poderes estatales y municipales (debilitamiento de la federación y la descentralización; en suma, de la democracia local. El principio del Estado Federal y Descentralizado consagrado en el artículo 4 constitucional no pasa de ser una norma retórica y vacía”. MEIER, H., *Seguridad, Estado, Sociedad y Derecho*, Homero, Caracas, p. 101.

De los 498,1 millones de habitantes de América Latina en 1999, cerca del 93 por ciento vivía en “democracias iliberales” o semidemocracias iliberales-regímenes electorales con libertades civiles restringidas. Ésta se había convertido en la práctica política dominante en toda la región...En otras palabras, la democracia iliberal no era ni un escalón fiable hacia la democracia liberal ni un seguro efectivo contra el orden antidemocrático.¹³

Abordemos, pues, y de una manera esquemática, luego de esta acotación preliminar, las diferencias sustanciales de la gobernabilidad al tamiz de la clasificación de los regímenes políticos antes reseñada.

II. GOVERNABILIDAD Y REGÍMENES POLÍTICOS

1. Gobernabilidad y sistemas autoritarios (autocracias, dictaduras, despotismos, regímenes totalitarios)

En los sistemas autoritarios se utiliza de manera directa la amenaza, la coacción y los medios de fuerza para mantener el control sobre las minorías disidente y evitar, de esa manera, que la disidencia se extienda y se ponga en riesgo la gobernabilidad de la sociedad. Y decimos que en estos sistemas se utiliza la intimidación y la represión contra la “*minoría disidente*”, así, subrayado el concepto, porque es definitivamente falso que los gobernantes dictatoriales y totalitarios se mantengan en el poder únicamente por los efectos disuasivos que produce la represión sobre la población en general.

La idílica idea de un pueblo en su mayoría amante de la democracia y la libertad que se “resigna” a la opresión por el miedo y el terror, no resiste la realidad de los hechos históricos. Esa idea parte de un error de apreciación: creer que el hombre, por su naturaleza, es amante de la libertad, que los pueblos no son directamente responsables de sus regímenes políticos y de gobierno, salvo en los casos de las democracias, y que toda forma de autoritarismo se impone contra la opinión mayoritaria del pueblo (la idea de un pueblo-niño, víctima inocente del Estado, padre ogro, el gran chingón en la expresión de Octavio Paz).

La gobernabilidad, sea ésta autoritaria o democrática, se fundamenta en el hecho incontrovertible de la legitimidad social. La mayoría se adhiere al régimen político y de gobierno porque se identifica con la ideología, el discurso y las ejecutorias del mismo, aunque esa ideología, ese discurso y esas ejecutorias sean claras manifestaciones de autoritarismo. Así, por ejemplo, la estabilidad y la garantía del orden y la “paz social” (Juan Vicente Gómez: la Venezuela de comienzos del siglo XX es un país diezmado por las sucesivas guerras civiles del siglo XIX, un pueblo que no estaba dispuesto a nuevas aventuras guerreras), el orden y las ejecutorias de un programa de obras físicas (Pérez Jiménez: la percepción de progreso y estabilidad, luego de los golpes de Estado de 1945 y 1948), la satisfacción parcial “real” y “simbólica” de los desposeídos o el populismo y el neo populismo (Perón, Chávez: su identificación con la mayoría marginada y excluida del sistema de institucional), el orden y la satisfacción de determinadas necesidades individuales y sociales percibidas como prioritarias: seguridad, salud, educación, deporte, respecto a las libertades públicas y privadas (Castro).

13 SMITH, Peter, *opus cit.*, p. 113.

No existe régimen de gobierno autoritario alguno que pueda permanecer por largos períodos de tiempo en el poder si no cuenta con esa legitimidad, pues aunque disponga de medios de fuerza, no podrá materializar el control social implementando actos de coacción y de represión si la mayoría de los gobernados le es adversa.¹⁴ El régimen terminará desgastándose en el círculo vicioso de la disidencia y de la represión: en la medida que aumente la disidencia aumenta la represión, la que a su vez, lejos de desestimular la desobediencia extiende el rechazo al poder. Al final se quiebra ese círculo con la caída del régimen. La represión funciona cuando la disidencia es minoritaria (Cuba). Por ello, los regímenes totalitarios le dan importancia suprema a la función ideológica, la conversión del sistema educativo en un instrumento destinado a “lavar cerebros”, a inculcar las ideas y creencias que soporten la ideología justificadora o legitimadora del poder (Cuba, la Ex Unión Soviética). Además del uso de la propaganda como función estatal cuyo objeto es convertir en verdad, por su reiteración, las mentiras inauditas del régimen (La Alemania Nacional Socialista y el Ministerio de Propaganda).

La adhesión mayoritaria de un país a un régimen autoritario, y en su peor expresión extrema, a un sistema totalitario, es rasgo inequívoco de la mentalidad colectiva simplificada y superficial de un pueblo en un momento determinado de su historia. Ejemplo patético es la sociedad alemana de los años treinta. Es difícil entender como el pueblo Alemán, que ha dado al mundo genios creadores como Bethoven, Wagner, Gothe, Newton, entre otros, haya podido aclamar, admirar, idolatrar, y seguir ciegamente durante doce años a ese maníaco y psicópata genocida, Adolfo Hitler. Un régimen que pretendió justificar el genocidio de 6 millones de judíos en la ideología perversamente simplificada y maniquea de la “raza superior” y las “razas inferiores”. De allí que, sin esa “complicidad” de la mayorías, difícilmente el autoritarismo puede reinar en una sociedad.¹⁵

14 “Todas las tiranías, que fuesen real y efectivamente tales, -expresa RECASENS FICHES- se derrumbaron en corto período de tiempo. A gentes ingenuas, que apliquen a tiempos pretéritos la óptica que ellas tengan en el momento en que viven, se les habrá podido ocurrir la necesidad de juzgar determinadas situaciones del pasado como “opresiones”; pero a poco que se pierda esa ingenuidad, se cae en la cuenta de que esos regímenes, que hoy pudieran antojársenos como tiránica opresión, eran en su época auténtico y normal resultado de la opinión pública preponderante. De otra manera no hubieran podido subsistir largamente, máxime si se tiene en cuenta que todos los instrumentos materiales de coerción de que podían disponer eran muy endebles y escasos, hasta el punto de el mayor acopio de esos instrumentos no hubiera podido resistir la embestida de un motín de gentes inermes, si ese movimiento hubiera representado la auténtica opinión pública predominante. Pero hoy, en los tiempos actuales, ocurre que la realización de esa ley de gravitación de la opinión pública puede sufrir un considerable retraso en su cumplimiento, debido a un nuevo hecho que ha irrumpido en nuestra época: la pavorosa potencialidad de la técnica mecánica aplicada a las armas: Los efectos destructores de las ametralladoras, tanques, gases asfixiantes, etc, son de tal calibre, que quien disponga hoy de la disposición de esos instrumentos, podrá mantenerse en el poder un tiempo muchísimo más largo de lo que hubiera ocurrido en otros tiempos, sólo por la fuerza bruta. Aun cuando desde luego, a la postre, habrá de sucumbir bajo el imperio de una situación de opinión pública auténtica”. *Vid.*, RECASENS FICHES, Luis, *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1939, pp. 154-155.

15 “El nacionalismo nazi consiguió el apoyo de la mayoría de los germanos, fervorosos unos, inhibidos, consentidores o complacientes otros, víctimas todos de un colectivo envenenamiento moral”. GARCÍA DE CORTÁZAR, Fernando, *opus cit.*, p. 283. En ese mismo sentido, KERSHAW en su excelente obra biográfica sobre HITLER se refiere al apoyo masivo del pueblo alemán en el plebiscito del 19 de agosto de 1934 “HITLER es hoy la Totalidad de Alemania, decía un titular el 4 de agosto. El funeral del Presidente del REICH se celebró con gran pompa y fasto en el Monumento de Tannenberg, en la Prusia Oriental, escenario de su gran victoria en la Primera Guerra Mundial, y Heidenburg, que había representado la única fuente equilibradora de lealtad, “entró en Valhalla” como dijo HITLER. HUIDENBURG había querido que le enterraran en Neuderck. HITLER, siempre atento a la oportunidad propagandística, insistió en que se le enterrase en el Monumento Tannenberg. El 19 de agosto, el golpe silencioso de los primeros días del mes obtuvo su confirmación plebiscitaria ritual. De acuerdo con las cifras oficiales, el 89,9 por 100 de los votantes apoyaron los poderes constitucionalmente ya ilimitados de HITLER como jefe de estado, jefe de gobierno, jefe del partido y comandante supremo de las fuerzas armadas. El resultado, aunque decepcionante para la jefatura

Los gobernantes autoritarios lo son porque gran parte de los gobernados lo quieren, es decir, porque prevalece un sistema de ideas y de creencias proclive a la supremacía del poder sobre la libertad. Muchos pueblos han preferido la seguridad de la sumisión a los riesgos de la libertad (Eric Fromm y su obra *El miedo a la libertad*).

No nos llamemos a engaño. Si en un determinado periodo de su historia un pueblo acepta un régimen autoritario de gobierno y admira, y hasta idolatra a un líder mesiánico, es porque el autoritarismo domina la estructura de las relaciones sociales en el seno de la sociedad. En circunstancias semejantes, no sería difícil apreciar como el autoritarismo caracteriza no sólo a las relaciones de poder entre el Estado y los ciudadanos, sino que está presente en ese tipo de relaciones en la mayoría de las organizaciones e instituciones sociales: familias, partidos políticos, sindicatos, empresas, escuelas, universidades, etc.

No cabe imaginar una sociedad en la que en el dominio de lo público, del Estado, predomine el autoritarismo, mientras que en el espacio de la sociedad, lo societario y lo privado, prevalezca un modelo democrático de las relaciones de poder. A la inversa, una sociedad donde los procedimientos democráticos y el respeto a la autonomía de la persona constituyan creencias y prácticas sociales compartidas, no puede ser gobernada por un régimen autoritario. La democracia no se agota en el hecho electoral, ni se restringe a la esfera estricta del universo del poder político.

No pocos gobernantes autoritarios han llegado al poder por la vía electoral aprovechando las libertades políticas de precarias democracias, para implantar desde el Estado un régimen autoritario (Hitler en Alemania, Chávez y el proceso en Venezuela de conversión de la democracia en un régimen autoritario). La elección de un gobernante autoritario demuestra como la preservación de la democracia exige del pueblo una verdadera cultura de la libertad, no sólo de la libertad para votar; se requiere de un consenso respecto a los valores asociados a las distintas expresiones de la libertad: libertad ambulatoria, libertad de autodeterminación personal, libertad de conciencia, libertad de expresión, libertad de creación cultural, libertad de asociación, libertad de trabajo, empresa, industria, oficio, arte, profesión, etc.

El autoritarismo y la democracia tienen que ver con los sistemas de creencias y de valores de las diferentes sociedades. La llamada “variable cultural independiente” (Alberto Rial) que tiende a ser desestimada por los juristas, economistas, politólogos, y en general los estudiosos de las ciencias sociales. Cuando no se consideran los sistemas de creencias, los mitos, prejuicios, la imaginaria colectiva, todo el subsuelo psicológico del inconciente colectivo, no se entiende la conducta política de los pueblos. Por tanto, es indispensable indagar en:

[...] esa realidad gaseosa que forman las creencias, fragmentos de creencias, imágenes y conceptos que la historia deposita en el subsuelo de la psiquis social, en esa cueva o sótano en continua somnolencia y, asimismo, en perpetua fermentación. Es una noción que viene tanto del subconsciente (individual) de Freud como de la ideología social (Marx). Una ideología que representa lo que el mismo Marx llamaba “la conciencia del absurdo del mundo”. Sin embargo, las concepciones de Marx y de Freud, cada una por razones diferentes y que no analizaré aquí, no explican la totalidad del fenómeno: la existencia en cada civilización de ciertos complejos, presuposiciones y estructuras mentales generalmente inconscientes que resisten con terquedad la erosión de la historia y sus cambios.¹⁶

nazi, y menos impresionante como muestra de apoyo de lo que quizás pudiese haberse previsto teniendo en cuenta las evidentes presiones y la manipulación, era muestra, sin embargo, del hecho de que HITLER tenía el respaldo, gran parte de él ferviente y entusiasta, de la gran mayoría del pueblo Alemán”. Vid., KERSHAW, Ian, *HITLER 1889-1936*, Ediciones Península, Barcelona, 1998, pp.515-516.

16 PAZ, Octavio, *Posdata*, Siglo XXI editores, México, 1987, pp. 109-110.

No es en el plano del discurso “racional” de las declaraciones de principios, de las exposiciones de motivos y preámbulos de los documentos constitucionales, donde hay que indagar el verdadero talante político de un pueblo. Es necesario sumergirse en las turbias aguas de la psicología de las masas para comprender el desfase entre el deber ser ético, filosófico, político, institucional y jurídico, y el ser social real. El drama de América Latina, que explica la fragilidad de los regímenes democráticos, es la tradición autoritaria que impera en las prácticas políticas y sociales.

En Venezuela, por ejemplo, vivimos entre el abuso de poder, la arbitrariedad de los gobernantes, y el abuso de derecho, la anarquía de los “ciudadanos”. El “aquí mando yo, y se hace lo que yo diga” y el “hago lo que me da la gana” son los pensamientos rectores de las conductas políticas y sociales. ¿Cómo extrañarse del culto al líder que no respeta normas, procedimientos, ni conductas institucionales, que pregona y hace lo que le da la gana?, ¿Cómo puede garantizarse la gobernabilidad en un país de gente atrabiliada y arbitraria?.

No creo exagerado decir que nuestro pueblo, más que amor a la libertad y la autodeterminación personal dentro de los límites de la ley, tiene el morbo de la anarquía o libertinaje, y de la arbitrariedad, es decir, del abuso de la libertad y de la autoridad. Ambos extremos se tocan. El “ciudadano de a pie”, como suele llamarse al individuo común y corriente, con las excepciones que confirman la regla, carece de conciencia cívica, de ética ciudadana, pues salvo el culto a la democracia electoral, al voto, su conducta pública es expresiva del desprecio a las leyes y a las elementales normas sociales de convivencia.

Poco le importan los derechos del otro y el orden público y social. El comportamiento abusivo y anárquico hace de la polis, la ciudad, un espacio ingobernable. El caos urbano de Caracas, por ejemplo, observable en la violación sistemática a las normas que regulan el tránsito y la circulación de vehículos y personas, en la ocupación de espacios públicos, calzadas y plazas, para el ejercicio del comercio ilegal (buhonería), en las construcciones ilegales violatorias de los planes y normas de zonificación y ordenamiento urbanístico, en el depósito de basuras y desechos en lugares prohibidos, en la agresión y apropiación, robo, hurto, de bienes afectados a servicios públicos (teléfonos públicos, rejas de alcantarillas, etc), e incluso de estatuas y obras artísticas (la descabezada estatua de Colón).

Ese mismo “ciudadano” anárquico, lleva en sí, potencialmente, a un gobernante arbitrario. En el país se confirma el adagio *“dadle poder a un hombre y veréis quién es”*. Desde el menos significativo de los “cargos públicos”, un portero de Ministerio, por ejemplo, hasta el Presidente de la República, saberse poseedor de una cuota de poder trastorna al venezolano medio, entonces buscará la manera de aprovecharse de esa posición para hacerle sentir a los demás lo que significa el poder, *“quien tiene el sartén por el mango”*-la dictadura del pequeño y del gran funcionario-, beneficiarse de prebendas y privilegios (vehículos, chóferes, aviones, gastos de representación), enriquecerse y enriquecer ilícitamente a familiares y amigos, traficar con las influencias, dar empleo a las personas de su entorno íntimo (nepotismo, amiguismo, compadrazgo), destruir a enemigos, etc.

Alberto Rial, en su ensayo antes citado, atribuye a la “cultura machista”, esos rasgos de arbitrariedad y prepotencia que caracterizan al venezolano medio:

La cultura machista fomenta las soluciones drásticas y fuertes, cultiva los valores épicos y las cruzadas libertadoras...el machismo no tiene paciencia ni tolerancia para la negociación o la persuasión, y considera débiles a quienes resuelven los conflictos de manera pacífica. Todo, según su código, se arregla con golpes, humos y explosiones...los rivales políticos se agreden y se acusan de no comportarse como hombres...La relación del macho con sus pares y con el resto de la sociedad estimula la violencia, la temeridad y la espectacularidad. La competencia no se fomenta en términos constructivos y enriquecedores, según los cuales cada quien pone lo mejor de sí mismo y gana el más hábil o talentoso y el otro lo reconoce, sino que se busca la derrota definitiva de uno y a supremacía absoluta del otro...En Venezuela, el pendejo es el opuesto al macho, y el pendejo es prudente, introvertido, previsor, modesto, silencioso, constante, responsable, crédulo o todo junto...La conducta contraria a la del pendejo es típicamente machista: arrolladora, extrovertida, violenta, apasionada, sexista, irresponsable y temeraria. El macho viola las reglas y las leyes porque a él nadie le dice lo que hay que hacer... La arbitrariedad y la prepotencia van unidos al machismo, desde el funcionario público que maltrata al ciudadano y abusa de su poder en una situación específica, hasta el Presidente que nombra a su amante secretaria privada y le entrega más poder que a todos sus ministros juntos. El gerente arbitrario o el dueño de empresa despide a un empleado porque no lo saludó como es debido y el jefe se aprovecha de la situación vulnerable de la secretaria. La complicidad de la sociedad venezolana se pone de manifiesto en las relaciones entre los sexos. El hombre es machista porque la mujer le premia esa conducta con la tolerancia, resignación o admiración por los tipos fuertes y duros.¹⁷

Es lamentable tener que reconocer que en estos comienzos de milenio, a pesar del esfuerzo realizado por el sistema educativo formal entre 1936 y 1998 con el objeto de modificar las creencias y prácticas sociales contrarias a los valores en los que se fundamenta un auténtico Estado democrático de Derecho y una sociedad de convivencia democrática y civilizada, somos un país en el que la mayoría de los gobernados carece de conciencia cívica y la mayoría de los gobernantes de conciencia de servicio público, del Estado como instrumento institucional al servicio de los derechos humanos y del bien común.

Es lo que explica la precariedad de las instituciones y de la democracia. Prevalece la atávica creencia del Estado-botín, o el denominado “neopatrimonialismo”, el poder concebido como propiedad privada del Jefe del Estado, sus familiares, amigos y la camarilla que lo auxilia en el control de los poderes públicos. Se usa, se disfruta, se abusa y se dispone, sin límite jurídico e institucional alguno, de los recursos del poder, en particular del presupuesto y de los bienes que integran la hacienda y el patrimonio público.

El patrimonio del gobernante y el del Estado se confunden. Como los príncipes y reyes medievales, y los jeques árabes, el Presidente-caudillo maneja los dineros públicos como si fuesen propios. Como no tiene sentido alguno de servicio público, de institucionalidad, y de ser un mandatario del pueblo, titular de la soberanía, emplea el tiempo presidencial en lo que le da la gana: viajes innecesarios, alocuciones interminables, mítines políticos aunque ya hubieren pasado las elecciones. No rinde cuentas a nadie. Rey sin corona, dueño absoluto del poder.

Ese neopatrimonialismo va acompañado del neopopulismo, ya que para lograr legitimidad social, el Presidente-caudillo concede dádivas a sus seguidores, promoviendo y fortaleciendo la creencia en el supuesto derecho a recibir todo del Estado, sin esfuerzo

17 *Opus cit.*, pp 80, 81 y 83.

personal alguno.¹⁸ Al respecto, Enrique Viloria Vera en su esclarecedor ensayo “Neopopulismo y Neopatrimentalismo”, escribe:

Al momento de conceptuar el neopatrimonialismo, es decir, la patrimonialización del Estado, destacamos que entre sus características constitutivas y diferenciadoras teníamos dos de sus mecanismos fundamentales de actuación: el clientelismo y el prebendalismo, enfatizando que el primero, el clientelismo, tiene como práctica privilegiada de acción la entrega de bienes y la prestación de servicios, sin costos o a menores costos, a las clases más pobres de la sociedad; el segundo, el prebendalismo, implica el otorgamiento de favores, de concesiones graciosas, de ventajas y beneficios, en fin de prebendas, a aquellas personas leales al régimen, generalmente pertenecientes a las clases sociales altas y medias, profesionales, empresariales y militares.¹⁹

Esos rasgos del régimen político “real”, no el previsto en la Constitución formal, constituyen un obstáculo insalvable para la operatividad del Estado democrático y de Derecho (la extinción de este modelo de Estado). Se trata de una “regresión” histórica al siglo XIX, a la etapa de los caudillos militares y del poder como atributo “personal” y “carismático”.

Un auténtico Estado democrático de Derecho se distingue por la despersonalización o institucionalización de las relaciones de poder, cuando éste emana del pueblo, titular de la soberanía (sufragio: legitimidad democrática de origen) y se fundamenta en la Constitución y en las leyes: en los principios, normas y procedimientos que establecen el modo de asignación de su titularidad, los medios o potestades para su ejercicio, los fines (institucionales) hacia los que debe dirigirse su ejercicio y los límites a ese ejercicio.

2. Gobernabilidad y sistemas democráticos

En los regímenes democráticos la gobernabilidad es mucho más compleja que en los regímenes autoritarios. La cultura democrática fundada en la libertad-participación y demás libertades políticas implica un papel protagónico del pueblo en la formación de la voluntad política del Estado, cuya expresión primaria y básica es la elección popular de sus autoridades (legitimidad de origen). Este es el primero, pero no el único requisito de la legitimidad democrática.

El trauma colectivo causado por los efectos de la Segunda Guerra Mundial, el genocidio perpetrado por el régimen nazi, y las atrocidades, los actos reñidos con la dignidad fundamental de la persona humana ejecutados por los estados totalitarios (Unión Soviética); en una palabra, el desprecio por los valores articulados a esa dignidad (vida, integridad física y moral, libertad, solidaridad, justicia, compasión, tolerancia), tuvo -cuestión abordada con anterioridad- una respuesta en el plano de la ética política.

Para evitar que volviese a repetirse un holocausto, “nunca más”, se postuló a la democracia representativa como el régimen deseable para cualquier pueblo (art. 21, Declara-

18 “No gusta a este pueblo la sobriedad, la prudencia, el equilibrio y la medida de los hombres y mujeres formados en la escuela de la lucha política democrática, del diálogo y la disuasión, en la escuela del estudio, la meditación y la investigación, en la escuela de la gerencia eficaz y emprendedora, en la escuela de la palabra reflexiva y portadora de verdades amargas. Preferimos la palabra y el gesto irresponsable, las falsas promesas del peor de los demagogos, sus arrestos e iracundias, el desafío de las formas y los procedimientos, al comportamiento institucional. Incluso, no pocos de los que se oponen al régimen personalista de CHÁVEZ FRÍAS, claman por la emergencia de un líder con las mismas características telúricas del histriónico Presidente de la República, pero del lado de la oposición. He allí uno de los más grandes obstáculos para la reconstrucción de una comunidad política civilizada y democrática en Venezuela”. *Vid.*, MEIER H, *Seguridad, Estado...opus cit.*, p 63.

19 VILORIA VERA, Enrique, *Neopopulismo y neopatrimonialismo. CHÁVEZ y los mitos americanos*, Universidad Metropolitana, CELAUP. CELAS, 2004, pp 10-103.

ción de 1948) a fin de prevenir la instauración de sistemas totalitarios, es decir, que el poder político fuere nuevamente ejercido por un hombre, un partido único, una camarilla sin control institucional, político y social alguno; por tanto, con plena libertad para utilizar los recursos del Estado para implantar el reino de la barbarie, la negación de los valores integrados al núcleo de la dignidad humana, en nombre de los mitos abstractos de las utopías redentoras (la raza, la nación, el partido, la revolución).

Sin embargo, la sola formalización constitucional de los principios y procedimientos de la democracia representativa no es suficiente para asegurar la vigencia de los valores inherentes a la dignidad humana (derechos humanos). El principio de la mayoría en la democracia representativa no garantiza, por sí solo, el respeto a la ética de la democracia sustancial, pues esa mayoría podría desde la institución parlamentaria sancionar leyes contrarias a esa ética; leyes que autoricen al poder gubernamental para violar los derechos humanos; leyes formalmente “democráticas” pero lesivas de la dignidad humana como fue el caso de las leyes de Nüremberg en la Alemania Nacional Socialista (1934-45) y del “apartheid” en la Sudáfrica del partido nacionalista de extrema derecha (1948 a 1990).²⁰

Ferrajoli, advierte sobre este dramático tópico al criticar el actual régimen de gobierno en Italia:

De la democracia existen muchas imágenes o modelos. En el sentido común, intensamente alimentado en Italia por las actuales fuerzas de Gobierno, suele confundírsele con la omnipotencia de la mayoría. Sí, así fuera, sería difícil negar el carácter democrático de regímenes totalitarios como el fascismo, el nazismo o el stalinismo, que probablemente gozaron, al menos en algún momento, de consensos ampliamente mayoritarios. Pero precisamente los horrores de estos regímenes han enseñado que la democracia no consiste de ningún modo en el despotismo de la mayoría, sino que es un sistema frágil y complejo de separaciones y equilibrios entre poderes, de límites y vínculos a su ejercicio, de garantías establecidas para la tutela de los derechos fundamentales, de técnicas de control y reparación frente a sus violaciones; y que tales equilibrios se rompen, y se pone en peligro la democracia cada vez que los poderes, sean económicos o políticos, se acumulan, o peor aún, se confunden en formas absolutas. Este complejo sistema de vínculos y equilibrios no es otra cosa que el Derecho, y más precisamente la Constitución, que debe ser, pues, reconocida como la principal garantía de la democracia.²¹

20 Refiere Nelson MANDELA en su dramática autobiografía como al triunfar el National Party (extrema derecha) en las elecciones de Sudáfrica en 1948, a cuya cabeza se encontraba su líder Daniel MALAN, procedió desde el parlamento a sancionar las leyes que justificaron “jurídicamente” el apartheid, “segregación”, palabra nueva que resumía una vieja idea y representaba “la codificación en un sistema opresivo de todas las leyes y normas que habían mantenido a los africanos en una posición de inferioridad respecto a los blancos durante siglos. Lo que hasta entonces había sido una realidad más o menos de facto iba a convertirse de manera inexorable en una realidad de jure. La segregación había sido a menudo implantada sin orden ni concierto a lo largo de los anteriores trescientos años. Ahora iba a consolidarse en un sistema monolítico que era diabólico en sus detalles, implacable en sus propósitos y despiadado en su poder. El apartheid partía de una premisa: que los blancos eran superiores a los africanos, los indios y los mestizos. El objetivo del nuevo sistema era implantar de modo definitivo y para siempre la supremacía blanca... La ley de Representación Segregada despojó a los votantes mestizos de su representación en el Parlamento. En 1949 se introdujo una ley que prohibía los matrimonios mixtos y, en breve plazo, se dictó la ley contra la Inmoralidad, que consideraba ilegales las relaciones sexuales entre blancos y personas de otras razas. La ley de Censo y Población clasificó a todos los africanos por razas, con lo que el color se convertía en criterio decisivo. MALAN también impulsó la ley de Áreas para Grupos-que el describía como la “auténtica esencia del apartheid”-que estipulaba la existencia de zonas separadas en las ciudades para cada grupo étnico. Primero, los blancos se habían apropiado de la tierra por la fuerza; a partir de ese momento afianzarían sus posesiones mediante las leyes”. *Vid.*, MANDELA, Nelson, *El largo camino hacia la libertad*, Suma de Letras, SL, España, 2004, pp. 185 y 189.

21 FERRAJOLI, Luigi, “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en *Corrupción y Estado de Derecho*, Trotta, Madrid, 1996, p. 22.

Habermas también trata este crucial tema de los límites axiológicos que en una democracia sustancial debe respetar la mayoría:

En general las decisiones mayoritarias vienen restringidas mediante una protección de la minoría, articulada en términos de derechos fundamentales, pues en el ejercicio de la autonomía política los ciudadanos no pueden transgredir el sistema de los derechos, que es el que empieza constituyendo esa autonomía.²²

De modo que la mayoría debe ser limitada en su proceder por exigencias axiológicas que no pueda desconocer, so riesgo de deslegitimizarse a la luz de los valores en que consisten los derechos humanos. Exigencias, además, que no puedan alterarse, ni suprimirse, al no estar previstas en instrumentos legislativos modificables por la mayoría, sino en la Constitución política, y más aun, en instrumentos jurídicos internacionales de naturaleza supraestatal y supranacional. Se plantea, de esta manera, la conexión entre los valores y principios de la democracia representativa (democracia formal) y los derechos humanos (democracia sustancial).

Obviamente, para que esos valores y principios superiores que conforman el sustrato axiológico de la democracia sustancial sean efectivamente protegidos de una mayoría que pretenda violar ese imperativo ético y jurídico, es indispensable -tópico ya antes destacado- la existencia de un poder judicial imparcial y autónomo, en particular un tribunal supremo, que vele por el respeto y tutela de tales valores usualmente plasmados en la Constitución política. Mediante el control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos del poder público se garantiza la vigencia de la democracia sustancial.

Pero, si ese tribunal, en lugar de realizar esa función de tutela se pliega a los intereses y la voluntad de poder del gobernante de turno, peligrarían, sin duda, las bases axiológicas de la democracia y del Estado de Derecho. En una situación semejante, la parte de la sociedad no afecta al régimen se hallaría en estado de completa indefensión institucional, y en la práctica, ya no podría calificarse a ese régimen de democrático, al menos en lo relativo a la legitimidad de desempeño o axiológica.

El que una mayoría acepte y consienta la violación a los derechos humanos y a los principios de organización del Estado democrático de Derecho, no cambia el hecho de la pérdida de legitimidad axiológica. El régimen podrá contar con legitimidad social, pero ya no sería una democracia sustancial, un Estado democrático de derechos humanos. Se trataría, en ese caso, de un régimen autoritario consentido por la mayoría por la vía del voto y la aceptación del abuso de poder y la arbitrariedad, de la violación sistemática a los tantas veces mencionados valores de la democracia sustancial.

En ese sentido, pues, y a la luz de tales valores, carece de relevancia que el régimen alegue la popularidad de su líder para pretender justificar el autoritarismo y el atropello a los derechos humanos. Al final, como ocurrió luego de la caída del régimen nacional socialista alemán, a las mayorías que apoyan las actuaciones aberrantes de los gobernantes autoritarios no les queda otra opción que el oprobio y la vergüenza (el arrepentimiento), aunque esgriman a su favor que fueron “engañados” y “manipulados” por el líder.

Por tanto, en el contexto del “Estado democrático de los derechos humanos” del presente, la gobernabilidad ya no podrá garantizarse con la sola capacidad del Estado para preservar el orden así sea por la fuerza y dar satisfacción al anhelo de paz y seguridad de la colectividad; tampoco bastará el origen democrático de las autoridades (legitimidad estática). Como consecuencia de la universalización de la exigencia ética, política y jurí-

22 HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 248.

dica del reconocimiento, respeto y garantía de los derechos humanos por parte del Estado y sus autoridades, la gobernabilidad hoy está estrechamente asociada a la capacidad de los gobiernos para construir un orden fundado en la axiología de tales derechos (legitimidad dinámica).

Ahora bien y en ese sentido, consideramos conveniente reiterar que la vigencia efectiva de la “democracia de los derechos humanos” sólo es predicable de las sociedades en las que la mayoría del pueblo crea en esos valores, y lo manifieste en prácticas sociales y políticas, en la existencia de un tejido o red de instituciones no gubernamentales que luchan por la preservación y desarrollo de esa cultura: marchas y concentraciones públicas en protesta por la violación a los derechos humanos y a los principios y valores de la democracia, organizaciones no gubernamentales defensoras de los derechos humanos, partidos y organizaciones políticas democráticas, denuncias y acusaciones contra el Estado en los supuestos de violaciones a los derechos humanos, demandas de satisfacción de necesidades sociales y económicas asociadas a los derechos humanos de procura existencial etc.

Mario Vargas Llosa, al tratar el tema de la fuerza que ha adquirido en la vida pública de los Estados Unidos la derecha fundamentalista de origen religioso y el riesgo que ello puede representar para la democracia norteamericana, alude a la cultura política de ese pueblo como la garantía más trascendente para la vigencia de las instituciones y el estilo de vida democrático:

Este país no ha conocido jamás una dictadura y la cultura democrática está enraizada tanto en las instituciones como en las costumbres de la gente, que la practica en las agrupaciones de barrio y calle, tan activas y vigilantes que ellas son acaso la fuerza motora más importante de la fiscalización del Estado. Aunque callado y de horizonte local, el trabajo de estas organizaciones de base es fundamental para combatir la corrupción, fijara a los municipios y a los representantes una agenda que tenga en cuenta las necesidades y anhelos de los ciudadanos y, acaso más que todo, para asegurar canales permanentes de participación de la mujer y el hombre del común en la vida cívica. Me parece imposible que en una sociedad donde el ejercicio de la libertad está tan extendido en el ámbito individual, el fanatismo fundamentalista pueda terminar por imponer un Estado confesional.²³

En suma, la democracia sustancial requiere de una sociedad civil fuertemente estructurada, capaz de oponerse a las pretensiones del Estado, a esa ley “natural” del fenómeno del poder, o la tendencia a su concentración. Todo Estado, incluyendo al democrático, tiende a ser más Estado, a ir hacia su extremo, a fortalecer su poder a costa de las libertades públicas y privadas, en detrimento de la autonomía de los individuos y organizaciones de la sociedad civil. Más allá de los principios de la organización institucional articulados a la garantía de los derechos y libertades ciudadanos, es la existencia de una sociedad civil creyente y practicante de los valores de la democracia sustancial, el muro que puede contener la tentación del autoritarismo.

En la medida en que la sociedad civil es débil, o pura y simplemente no existe, en esa misma medida se afianza y extiende el autoritarismo estatal. A la inversa, en la medida en que la sociedad civil se fortalece, en esa misma medida se amplían los espacios de libertad y se reduce la presencia del Estado en la dinámica de las relaciones sociales. La mayor o menor intervención del Estado en la vida política, social, económica y cultural de un pueblo, es decir, el estatismo, no responde únicamente a los poderes que la Constitución y las leyes le atribuyen a sus órganos, agentes y funcionarios.

23 VARGAS LLOSA, Mario, “A dios rogando”, El Nacional, Opinión, domingo 1º de mayo, 2005.

Esa es la dimensión legal o jurídica de un hecho más complejo y profundo. Si la Constitución y las leyes legitiman un intervencionismo estatal excesivo es porque la debilidad de la sociedad civil permite esa presencia avasallante.²⁴

No basta que los valores de la democracia, del Estado de Derecho, así como los derechos humanos figuren en la Constitución política formal del Estado, es impermissible que esos valores sean sentidos, vividos y practicados por el pueblo, que constituyan auténticas creencias compartidas²⁵. Que su formalización constitucional sea la respuesta a los anhelos y deseos del pueblo y la sociedad civil. La “demagogia constitucional” o la utilización del discurso de la democracia y los derechos humanos como “recurso ideológico” del poder para simular su “legitimidad de actuación”, cuando en la práctica desde el Estado se atenta contra la vigencia de los valores superiores del orden constitucional, puede conducir a un proceso acelerado de ingobernabilidad causado por la inexorable “ilegitimidad” de actuación del régimen de gobierno, siempre y cuando -reiteramos la idea- la mayoría del pueblo haya incorporado a su sistema de creencias la axiología de los derechos humanos.

Si esa mayoría es “indiferente” a esa axiología por ignorancia o por plegarse ciegamente a la voluntad de poder del régimen autoritario, éste tendrá el camino libre para sus actuaciones lesivas a los valores democráticos y los derechos humanos.

24 Es así como pocas voces de protesta se escucharon cuando en el país la Asamblea Nacional Constituyente (1999) aprobaba en tiempo record (4 meses) el proyecto de Constitución, sometido luego a la consideración del electorado, el pueblo “soberano”, para su sanción definitiva mediante referendo (15-12-1999), caracterizado por la concentración de potestades y competencias en el Poder Nacional en desmedro de los Estados y Municipios (reforzamiento de la centralización), y la concentración, asimismo, de potestades y competencias en el Presidente de la República en desmedro del órgano parlamentario (reforzamiento del presidencialismo o hiperpresidencialismo). Un connotado intelectual de la elite universitaria en medio del clima de aclamacionismo al nuevo “líder necesario”, expresó en un artículo de prensa que la concentración de poderes en el Presidente de la República era una oportunidad de oro para la sociedad venezolana y sus posibilidades de desarrollo económico y social.

25 Es conveniente diferenciar los valores éticos, políticos y jurídicos que figuran en la Constitución política del Estado y la sociedad como el deber ser o *desideratum* de la conducta de los poderes públicos por órgano de los agentes y funcionarios públicos, y de los ciudadanos y las múltiples organizaciones que conforman la sociedad política, civil y económica, de las auténticas creencias o la cultura predominante respecto de tales valores. Esas creencias usualmente interiorizadas en el inconsciente colectivo son las que determinan la conducta estatal, política y ciudadana “real”. Cuando se habla de “doble discurso” se quiere aludir a la contradicción entre los valores oficializados en la Constitución y las leyes, y los expresados en las prácticas gubernamentales, políticas y sociales. En verdad no se trata de un doble discurso, sino de la paranoia colectiva de una sociedad integrada por hombres y mujeres que viven en un permanente engaño o autoengaño colectivo. Los valores proclamados en la Constitución son constantemente violados por la mayoría. Las exigencias éticas chocan contra inveteradas costumbres reveladoras de una miseria o pobreza moral colectiva. Por ello, el problema de fondo en el caso Venezuela, no puede limitarse a la sola sustitución del Presidente de la República o a un cambio de la totalidad del régimen político y de gobierno como superficialmente opinan los opositores al actual régimen. Tanto gobierno como oposición, y los seguidores de uno u otro bando, sufren del mismo síndrome de paranoia ética. La trampa, el fraude, el engaño, la mentira, la anticultura del “vivo”, del “pájaro bravo”, atraviesa la sociedad entera. Seguidores del régimen, chavistas, y sus contrarios, antichavistas, tienen el mismo comportamiento reñido con la ética. Vivimos una profunda crisis de valores que el país se niega a aceptar, porque la mayoría no está dispuesta a reconocer los graves defectos colectivos y la responsabilidad en el pésimo funcionamiento de la vida social y política en general. Esta es una sociedad donde el abuso de poder, la arbitrariedad, el abuso de derecho, la anarquía, la impunidad, el incumplimiento de deberes y obligaciones, la irresponsabilidad por los daños causados a otro, etc, caracterizan el comportamiento de gobernantes y gobernados. “Las leyes son para los otros, los pendejos”, “pónganme donde haiga, donde pueda robar y hacerme rico”, “sálvese quien pueda”, “lo importante es el poder, no servir a la gente”, “la ética es para los idiotas”, “después de mi, el diluvio”, “cuánto hay pa eso”, “aquí mando yo”, “hago lo que me da la gana”, “fulano carece de valores”, no es honesto, pero tiene todo el dinero del mundo que es lo que importa”, frases expresivas de creencias colectivas.

Sólo la presión de la comunidad internacional de naciones democráticas, de los organismos internacionales, de las ONG internacionales, y la lucha política y ética ciclópea de la minoría creyente en la cultura democrática sustancial de los derechos humanos, podría en un futuro revertir la situación en la medida en que la mayoría social despierte y abra los ojos respecto a la naturaleza autoritaria y perversa del régimen político y de gobierno, y en consecuencia se extiendan las expresiones de oposición, rechazo y resistencia a ese régimen.

§5. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU RECEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Rafael Badell Madrid

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad patrimonial del Estado es un principio fundamental del Estado de Derecho y reconocido expresamente por el Estado Venezolano en diversas disposiciones de la Constitución de 1999, entre las que se encuentra el artículo 6, referido a los “Principios Fundamentales”, el cual prevé que:

[...] el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, *responsable*, pluralista y de mandatos revocables [...]

y particularmente, el artículo 140, que señala que:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

Además de las anteriores disposiciones, el régimen constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado está reforzado en la Constitución de 1999 a través del reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad ante la Ley (art. 21), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 26), el derecho a la propiedad (art. 115), el principio de la legalidad (art. 137) y la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259), entre otros.

Asimismo, la Exposición de Motivos de la Constitución se encargó de hacer más diáfano el régimen constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, al establecer la universalidad de tal noción, al hacer referencia expresa a la obligación directa que tiene el Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones.

El principio de responsabilidad patrimonial del Estado es parte esencial del Estado de Derecho, pues éste, conjuntamente con los principios de legalidad y de separación de los poderes, conforma la idea del sometimiento del Estado al imperio de la Ley.

La responsabilidad patrimonial del Estado supone la obligación de reparar un daño o un interés protegido, causado por una actuación -independientemente de que ella sea ocasionada por actuaciones conforme a derecho o por actuaciones que contravienen normas jurídicas- siempre que dicho hecho dañoso sea atribuible a una persona y exista un nexo causal entre la actuación y el daño.

En el ámbito del Derecho Civil, la responsabilidad puede ser *contractual*, la cual se produce cuando la obligación de reparar el perjuicio causado deriva del incumplimiento de obligaciones establecidas en un acuerdo celebrado en el marco de una relación jurídica; o *extracontractual*, que deviene de la obligación de reparar y resarcir el daño causado a otro, derivado de actuaciones lícitas o ilícitas que causen daño en la esfera jurídica de los particulares. Ella se fundamenta en la infracción al principio general de *no causar daños a otros*.

A su vez, se entiende que la responsabilidad extracontractual puede ser de dos tipos, a saber: (i) directa, esto es, aquella producida por hecho propio¹ e (ii) indirecta, esto es, aquella derivada de hechos de personas o cosas cuya dirección o custodia ejerce el sujeto responsable. En estos supuestos la Ley presume la culpa del director o custodio que se aprovecha de las personas o cosas sujetas a su dirección o guarda².

En nuestro caso, la responsabilidad que se genera cuando el Estado causa daños que le son imputables por su actuación, es similar a la responsabilidad extracontractual del Derecho Civil. Sin embargo, si bien los principios civilistas informaron inicialmente la noción de responsabilidad patrimonial, dicho tipo de responsabilidad del Estado ha evolucionado hasta tener un carácter autónomo y desligado de la noción de responsabilidad civil, el cual se basa en la objetividad: *la imputabilidad del daño a la Administración*.

En la actualidad, la mayoría de los ordenamientos jurídicos admiten una tesis autónoma respecto de la del Derecho Civil, para determinar la responsabilidad del Estado por los daños que ocasiona la actividad de sus agentes en los administrados. En este sentido Cassagne ha señalado que:

Si bien el Código Civil trata sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, la materia de la responsabilidad del Estado, por su actuación en el ámbito del derecho público, pertenece al derecho administrativo³.

En Venezuela, ahora con apoyo más expreso de la Constitución de 1999, la doctrina ha propugnado una tesis *integral de la responsabilidad patrimonial*, es decir, que derivará de todas las actuaciones de los órganos estatales, y lo que es más importante, *objetiva*, esto es, independiente de toda noción de intencionalidad (*i.e.* culpa, dolo).

El problema que se plantea aquí, sin embargo, es que el Estado actúa tanto en el ámbito del Derecho Público, investido de sus prerrogativas -a través de actos y contratos- como en el ámbito del Derecho Privado, sin hacer uso de sus prerrogativas, pero también a través de hechos, actos y contratos.

De allí que los administrativistas entienden que la exclusión del Derecho Civil del tema de la responsabilidad del Estado no debe ser absoluta, pues queda para éste la

1 Es la responsabilidad por hecho ilícito consagrada en artículo 1.185 del Código Civil venezolano.

2 La responsabilidad indirecta, por hecho ajeno o guarda de cosas o animales se encuentra regulada en el Código Civil en los artículos 1.190 (responsabilidad del padre, madre o tutor por el hecho de los menores); 1.191 (responsabilidad de los dueños y directos por el hecho de sus sirvientes); 1.192 (responsabilidad por animales); 1.193 (responsabilidad por guarda de cosas).

3 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Segunda Edición, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 270.

parcela de las situaciones reguladas por el Derecho Civil, es decir, “...cuando la Administración actúa en el campo del derecho privado (v.g. gestión de bienes del dominio privado del Estado)”⁴.

De otra parte, la carencia de una regulación específica para la determinación de la responsabilidad del Estado en el ámbito del Derecho Público ha contribuido a que no exista un claro deslinde entre las áreas que a cada una de estas ramas del Derecho -Civil y Administrativo- corresponde normar. Ciertamente, la ausencia de un marco regulatorio que contemple los principios de la responsabilidad patrimonial del Estado como sujeto de Derecho Público, ha llevado a la jurisprudencia a aplicar de manera directa, y no por vía analógica, las disposiciones del Derecho Civil para establecerla.

Sin embargo, el principio general es que la responsabilidad del Estado por los daños causados por las personas que emplee en el servicio público se rige por el Derecho Público y no por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares, pues tal responsabilidad debe tener reglas especiales que atiendan a la noción de interés público que el Estado está llamado a satisfacer.

En ese sentido se pronuncia Nallar, cuando al hacer referencia al caso argentino, califica a las normas de Derecho Civil que se refieren a la Responsabilidad del Estado de “manifiestamente inconstitucionales” y “víctimas de una desubicación fundamental e inútil”: “fundamental” porque no responden a los cimientos del sistema federal argentino, e “inútil” porque en nada colaboran para configurar la responsabilidad del Estado, pues si está prevista en las Constituciones provinciales, allí habremos de dirigirnos, y de no ser así recurriremos a los principios de la Constitución Nacional”⁵. En opinión del mencionado autor, el recurrir a las normas de un ordenamiento jurídico ajeno (i.e. el ordenamiento civil) para determinar la responsabilidad del Estado produce inseguridad jurídica, dada la forma “precaria” y “ociosa” en que dichas normas regulan el tema de la responsabilidad, pues ellas además de referirse sólo a la responsabilidad subjetiva e indirecta y desconocer la teoría del órgano, no llegan a explicar cómo determinar la responsabilidad del Estado cuando actúa lícitamente⁶. Será necesario entonces, según el autor, buscar la solución al tema en los principios generales del Derecho, “en particular aquellos que nacen a partir del derecho natural, de la moral y del ordenamiento jurídico general del país de que se trate”⁷.

Por su parte el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político-Administrativa, con vacilaciones, ha establecido la importancia de acoger un régimen de Derecho Público para regular la responsabilidad del Estado. Al respecto, ha afirmado que:

[...] desde hace algún tiempo se ha venido insistiendo en que no es propio acudir a las fuentes de las obligaciones que rigen en materia civil, para declarar la responsabilidad de la Administración por su actividad, especialmente por lo respecta a su actividad extra-contractual. Tal postura tiene su fundamento en que la responsabilidad civil atiende a un sistema jurídico de relaciones intersubjetivas entre particulares, cuyas reglas no pueden ser aplicadas exactamente a los sujetos de derecho público que, además de gozar de potestades públicas, gozan de determinados privilegios por ser los tutores del interés general. Así, se ha sostenido que el ejercicio de las potestades públicas conlleva a la realización de actos y negocios jurídicos y a la producción de hechos que transgreden los derechos de los

4 CASSAGNE, Juan Carlos, *ob. cit.*, p. 270.

5 NALLAR, Daniel M., “Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público bajo un Sistema Federal de Gobierno” en *Revista de Derecho Administrativo* N° 33/35, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 2000, p. 262.

6 *Ibidem*, p. 264.

7 *Ibidem*, p. 267.

administrados y, por lo tanto, hagan a la Administración responsable bajo unas reglas específicas, es decir, autónomas respecto de las reglas ordinarias que rigen a los particulares⁸.

Lo cierto es que la tesis de la responsabilidad del Estado ha sido progresivamente acogida en los diversos textos constitucionales de nuestra historia. Inicialmente, se reconoció la responsabilidad limitada y subjetiva del Estado frente a los daños causados por autoridades legítimamente reconocidas como de la Administración, con posterioridad, se dio paso al reconocimiento absoluto y objetivo de la responsabilidad del Estado moderno gracias a un vasto desarrollo constitucional, jurisprudencial y doctrinario, que llevó a erigir los ya mencionados artículos 6 y 140 de la Constitución de 1999 como el pilar fundamental de ese sistema de responsabilidad absoluta y objetiva del Estado.

En este orden de ideas, es necesario efectuar un análisis del régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz de la Constitución de 1999, haciendo especial referencia a los antecedentes constitucionales que marcaron el desarrollo de ese régimen.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU EVOLUCIÓN

En el ordenamiento jurídico venezolano la ruptura del principio de irresponsabilidad del Estado encuentra su antecedente más remoto en las Leyes de Indias de la época de la Colonia, que consagraban la figura de la Intendencia como órgano que ejercía una jurisdicción especial sobre las controversias surgidas en materia de hacienda y economía de guerra, y a quien correspondía conocer de los perjuicios causados a los particulares por los funcionarios de la Colonia.

La responsabilidad del Estado en nuestro país surgió como producto de las reclamaciones extranjeras. La responsabilidad patrimonial del Estado fue, en un principio, reconocida por intermedio de reclamaciones diplomáticas. Fue precisamente de ese modo, que en 1854 se promulgó la primera Ley que propugnó la posibilidad de reclamar al Gobierno los daños y perjuicios causados, única y exclusivamente, por autoridades legítimas de la República.

De otra parte, en el Derecho Venezolano uno de los principales problemas que enfrentó la construcción del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, separado del régimen de responsabilidad civil, fue la reticencia de la jurisprudencia -durante casi todo el tiempo de vigencia de la Constitución de 1961- de darle virtualidad a las normas constitucionales que permitían encauzar la responsabilidad del Estado bajo reglas de Derecho Público, reticencia que, a pesar del encomiable avance que en esta materia se ha producido en las últimas décadas, se ha puesto de manifiesto en recientes decisiones de la propia Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

1. La responsabilidad del Estado como Principio Fundamental

La Constitución de 1999 consagra a título de principio fundamental del Estado -*en su artículo 6-*, que el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, *responsable*, pluralista y de mandatos revocables.

⁸ Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 9 de octubre de 2001. Caso *Hugo Eunices BETANCOURT ZERPA vs. la República*.

Lo dispuesto por el mencionado artículo constitucional constituye la piedra angular de la responsabilidad del Estado, pues proclama, como cláusula general, que junto a los principios de la democracia, alternatividad de los poderes, pluralismo, descentralización y otros, el Estado es y será siempre responsable.

Fue precisamente en la Constitución de 1830, cuando Venezuela se separó de la Gran Colombia⁹, que por vez primera se incluyó la declaración genérica según la cual el gobierno de Venezuela “*es y será siempre republicano, popular, representativo, responsable y alternativo*” (énfasis añadido). El carácter *responsable* del gobierno venezolano, reconocido como un principio fundamental del Estado de derecho, fue repetido en las constituciones sucesivas e incluido en todas las que se dictaron en el curso del siglo XX.

En el mismo sentido, la Constitución de 1961, en su artículo 3 establecía que el “*gobierno de la República de Venezuela es y será siempre democrático, representativo, responsable y alternativo*” (énfasis añadido). De manera que es a consecuencia de la continua consagración de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado en todas las Constituciones dictadas en el curso del siglo XX, y el reconocimiento de la misma como un principio fundamental inseparable del Estado de derecho, que se plasmó la responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución de 1999 como un principio fundamental.

En ese orden de ideas, y reiterando el carácter de Principio Fundamental que informa la responsabilidad del Estado, debemos destacar la importancia que se confirma con el contenido de la Exposición de Motivos de la propia Constitución, en la cual se dispuso:

Finalmente, en las disposiciones generales, se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna, la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, *normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones* (énfasis añadido)¹⁰.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1999, definitivamente se logró incluir en un mismo texto constitucional la declaratoria de responsabilidad del Estado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, la responsabilidad derivada de la actividad administrativa, judicial y legislativa, así como de cualquiera de los demás órganos del Estado. En definitiva, la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 fue la encargada de esclarecer el carácter amplio y objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Por otra parte, la Constitución de 1999, tal como se señaló anteriormente, estableció en su artículo 140 que:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

En este sentido, es preciso destacar que la inclusión de esa norma en el texto constitucional vigente operó de la siguiente manera:

9 BADELL MADRID, Rafael, Estudio sobre las Constituciones en el Siglo XX. Artículo publicado en *Venezuela Siglo XX. Visiones y Testimonios*, Fundación Polar, Caracas, 2001.

10 Debe tenerse en cuenta que el nuevo texto constitucional venezolano abandona la clásica tripartición del poder público para definir un Estado en el que el Poder se divide en cinco ramas. Además de las tradicionales ejecutiva, legislativa y judicial, se agregan una rama electoral y otra denominada ciudadana, que agrupa los órganos constitucionales de control (Contraloría General de la República, Ministerio Público y Defensoría del Pueblo).

[...] dicha norma no estuvo incluida en el proyecto relativo a las ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República presentado por el Presidente Chávez a la Asamblea Constituyente. De acuerdo con el Diario de Debates de dicha Asamblea, la falta de adopción del sistema de responsabilidad que la realidad jurídica reclamaba, habría sido advertida por el ex constituyente Allan Brewer-Carías en la comunicación que enviara al Presidente de la Comisión Constitucional en la sesión de 30-9-99, siendo incluida posteriormente en el Anteproyecto que para las discusiones prepararía la Comisión Constitucional, presentado el 12 de octubre de 1999. (...) Así, quedó incorporada en nuestro nuevo texto constitucional la norma en referencia, que luego de ser sometida a la Asamblea resultaría aprobada con la redacción que hoy le conocemos y a través de la cual, conjuntamente con la disposición contenida en el artículo 259 (antes 206) que atribuye el conocimiento de la materia a la jurisdicción contencioso administrativa, se consagró de manera expresa la base constitucional para un sistema indemnizatorio autónomo de responsabilidad del Estado [...]¹¹.

A todo evento, es claro que esa regulación no dejó dudas del amplísimo abanico de posibilidades que el marco constitucional vigente ofrece a los administrados para exigir la responsabilidad de la Administración. En tal sentido, los particulares podrán exigir la responsabilidad del Estado, bien por falta o por sacrificio particular derivado de un daño causado por los servicios públicos o por cualquier actividad pública, sea administrativa, judicial, legislativa, de control o electoral, de los entes públicos o privados, en ejercicio de tales funciones. Y es que no fue sino hasta la vigente Constitución de 1999, que nuestro ordenamiento jurídico se hizo de normas constitucionales redactadas en sentido positivo y con la objetividad y amplitud que se ha señalado, pues con anterioridad, entiéndase desde la Constitución de 1901 (artículo 14), pasando por las Constituciones de 1904 (artículo 15); 1909 (artículo 21); 1914 (artículo 17); 1922 (artículo 17); 1925 (artículo 39); 1928 (artículo 39); 1929 (artículo 39); 1931 (artículo 39); 1936 (artículo 39); 1945 (artículo 40); 1947 (artículo 24); 1953 (artículo 31) y, finalmente, la de 1961 (artículo 47) -antecedente inmediato de la Constitución de 1999-, la norma que propugnó la tesis de la responsabilidad del Estado se encontraba redactada en sentido negativo.

Así, la Constitución de 1901 -antecedente del artículo 47 de la Constitución de 1961- consagró, ya no como norma atributiva de competencia del Máximo Tribunal¹², el primer precepto rector de la responsabilidad patrimonial del Estado. En efecto, el párrafo único del artículo 14 de la Constitución de 1901 establecía:

En ningún caso podrán pretender, tanto los nacionales como los extranjeros, que la Nación ni los Estados les indemnicen daños, perjuicios o expropiaciones que no se hayan ejecutado por autoridades legítimas, obrando en su carácter público.

Esa Constitución de 1901 fue la primera en consagrar la responsabilidad individual del funcionario por extralimitación de funciones en el ejercicio del Poder Público. Tal responsabilidad fue consagrada de manera idéntica por todas las Constituciones dictadas con posterioridad, a excepción de la Constitución de 1953.

Ahora bien, aun cuando la Constitución de 1961 -con vigencia de casi 40 años- ciertamente consagró normas fundamentales del Estado de Derecho que permitieron el desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial del tema de la responsabilidad del Estado,

11 BALASSO TEJERA, Caterina, "La Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito procesal administrativo", artículo publicado en el libro *El Contencioso Administrativo Hoy*, Jornadas 10º Aniversario, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2004, p. 177

12 Como si lo hacía la Constitución de 1811 al consagrar una norma atributiva de competencias jurisdiccionales al Poder Judicial de la Confederación para conocer de "las diferencias en que el Estado Federal tenga o sea parte" (art. 115)

ella continuó refiriéndose a la responsabilidad del Estado en un *sentido negativo*. En efecto, el artículo 47 de la Constitución de 1961 establecía en forma expresa la responsabilidad patrimonial del Estado en términos muy particulares, al reconocer que ella no podía en ningún caso ser pretendida si los daños no hubiesen sido causados por autoridades legítimas de la República o las demás entidades locales, en los siguientes términos:

En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública.

Esa particular redacción de la Constitución de 1961 era bastante similar a la acogida en la Constitución 1901 y encuentra su explicación en las sucesivas guerras y confrontaciones políticas de la época, lo cual imponía regular que la responsabilidad sólo se admitiría ante los actos de autoridades legítimas. Sin embargo con fundamento en ese precepto comenzó a erigirse un sistema de responsabilidad del Estado por actividad ilícita. En este sentido señaló el Maestro Lares Martínez que:

Guiado por el propósito de evitar la responsabilidad de las entidades públicas por los daños causados por los rebeldes en nuestras contiendas civiles, muy frecuentes en aquella época, el constituyente reconoció expresamente la responsabilidad civil de la Administración venezolana, en momentos en que era generalmente negada en países extranjeros¹³.

Esa norma se consideró la base constitucional de un sistema autónomo de responsabilidad administrativa extracontractual. Así lo entendió el Tribunal Supremo de Justicia al indicar que:

[...] la responsabilidad del Estado provenía de la interpretación en contrario de la norma invocada (artículo 47) como consecuencia de la excepción de la República, los Estados y los Municipios de responder por daños causados por personas ajenos a éstos” (paréntesis nuestro)¹⁴.

Ampliando aún más el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, la Constitución de 1999 consagró una norma expresa referida a la responsabilidad por la actividad judicial. Tal responsabilidad atañe a los supuestos de error judicial y retardo u omisión injustificados. Así, se estableció en el artículo 48, numeral 8º que:

Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificada. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o magistrada, juez o jueza; y el derecho del Estado, y de actuar contra éstos o éstas.

A manera de recapitulación, no queda más que resaltar que las disposiciones constitucionales de 1999 mencionadas con anterioridad, proclaman la responsabilidad objetiva y autónoma del Estado como un Principio Fundamental inherente al Estado de Derecho. Supongamos incluso que nuestra Constitución Nacional perdiera todos los capítulos que la componen a excepción del primero de ellos que consagra los Principios Fundamentales de la República, pues aún en ese hipotético supuesto, el Estado continuaría siendo responsable en los términos precedentemente expuestos.

13 LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Décima Segunda Edición actualizada a la Constitución de 1999, Editorial Exlibris, Caracas, 2001, p. 421.

14 Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 9 de octubre de 2001. Caso *Hugo Eunices BETANCOURT ZERPA vs. la República*.

2. La responsabilidad del Estado y el Derecho a la Igualdad

El artículo 21 de la Constitución Nacional de 1999 estableció el dogma de que todas las personas son iguales ante la Ley, de lo cual se deriva que:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición *social* o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias [...].

Asimismo, el principio de la igualdad en la Constitución de 1999 se vio complementado por la cláusula constitucional de *igualdad de las cargas públicas*, que se encuentra establecida en el artículo 133, que señala que: “...toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley...”.

Cabe señalar que en el derecho moderno, el principio de igualdad ante las cargas públicas -concebido en Italia como el principio de la justicia distributiva- se ha entendido como un elemento esencial de la responsabilidad del Estado, pues ningún particular está obligado a soportar condiciones más gravosas de las que soporta el resto de la comunidad.

La doctrina ha sostenido que:

[I]a carga necesaria para la obtención de una utilidad colectiva debe distribuirse proporcionalmente entre todos los miembros de la colectividad y no debe recaer toda ella sobre uno sólo; o sea que todo sacrificio soportado por un ciudadano en sus bienes más allá de aquello con lo que contribuye a la sociedad en virtud de una ley general tributaria, debe ser compensado por el erario público.¹⁵

Con fundamento en este principio incluso ha llegado a afirmarse que en ausencia de texto legal expreso, el Estado se encuentra obligado a indemnizar al particular que hubiere sacrificado su derecho. Si un derecho es suprimido para hacer prevalecer el interés público, esa supresión o sacrificio debe ser contrarrestada por la conversión del derecho restringido a su equivalente económico.

Según lo expuesto, en la Constitución de 1999, específicamente por lo dispuesto en sus artículos 21 y 133 que informan el principio de igualdad ante las cargas públicas, la responsabilidad del Estado descansa en el derecho del administrado a la integridad de su patrimonio.

Anteriormente, la Constitución de 1961 también consagraba el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas. Así los artículos 56 y 223 de la referida Constitución disponían que “*todos están obligados a contribuir a los gastos públicos*” y, “*el sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas según la capacidad*”.

15 ALESSI, Renato, citado por TURUHPAL CARIELLO, Héctor, *La responsabilidad extracontractual del Estado por actuaciones conforme a la ley*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p.131.

económica del contribuyente atendiendo al principio de la progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida del pueblo”, respectivamente.

Incluso, ya desde las Constituciones de 1811 (artículo 152), 1830 (artículo 188), 1901 (numeral 15 del artículo 17), 1914 (artículo 16), 1928 (artículo 32), 1931 (artículo 32), 1945 (artículo 32), 1947 (artículo 46) y 1953 (numeral 8 del artículo 35), se consagraba el principio de la igualdad como un elemento integrante del bloque de garantías amparadas por el Estado.

3. La responsabilidad del Estado, el Derecho de Propiedad y la garantía indemnizatoria de la expropiación

Por lo que respecta al derecho de propiedad y a la *garantía indemnizatoria de la expropiación*, la Constitución Nacional de 1999 dispuso en su artículo 115 que:

[...] se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes [...].

El derecho a la propiedad y a la garantía indemnizatoria de la expropiación se ha entendido, en cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado, como la garantía que tienen los particulares frente a la Administración, de exigir de ésta la reparación de los daños causados cuando se produzca una limitación al derecho de propiedad derivada de la expropiación por causa de utilidad pública o social, servidumbres administrativas, ocupaciones temporales, requisición de bienes en tiempo de guerra, limitaciones por razones urbanísticas o vías de hecho.

Así, consagra el precitado artículo 115 que el derecho de propiedad sólo podrá ser afectado por razones de utilidad pública o social, previa sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización. En forma idéntica se pronuncia la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social con la acotación de que deberá existir una disposición formal de declaratoria de utilidad pública del bien que se pretende afectar.

En efecto, la indemnización por expropiación forzosa se adminicula en la afectación particular del derecho de propiedad y se fundamenta en la previsión del artículo 115 de la Constitución de 1999. En ese sentido, nuestra jurisprudencia ha dejado claramente establecido, haciendo una interpretación extensiva de la norma constitucional que regula el derecho de propiedad y la expropiación, que su aplicación no se limita sólo al supuesto de la expropiación, sino en general, a cualquier supuesto de limitación al derecho de propiedad, entendido éste en un sentido amplio que abarca todo bien o derecho de contenido patrimonial.

La Constitución de 1961 consagraba el derecho de propiedad y a la garantía indemnizatoria de la expropiación en sus artículos 99 y 101, respectivamente. Así, los referidos artículos disponían que:

Artículo 99. Se garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general.

(...)

Artículo 101. Sólo por causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y pago de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes. En la expropiación de inmuebles, con fines de reforma agraria o de ensanche y mejoramiento de poblaciones, y en los casos que por graves razones de interés nacional determine la ley, podrá establecerse el diferimiento del pago por tiempo determinado o su cancelación parcial mediante la emisión de bonos de aceptación obligatoria, con garantía suficiente....

Por supuesto, no fue allí donde se positivizaron por vez primera tales derechos. Manifestaciones del derecho de propiedad y de la garantía indemnizatoria de la expropiación han estado incluidas en nuestro orden constitucional desde la Carta Magna de 1811. Así, establecía el artículo 165 de nuestra primera Constitución que:

[...] todo individuo de la sociedad, teniendo derecho a ser protegido en el goce de su vida, de su libertad y *de sus propiedades* con arreglo a las leyes está obligado, por consiguiente, a contribuir por su parte para las expensas de esta protección y a prestar sus servicios personales o un equivalente de ellos cuando sea necesario, pero *ninguno puede ser privado de la menor porción de su propiedad ni ésta podrá aplicarse a usos públicos sin su propio consentimiento o el de los Cuerpos Legislativos representantes del pueblo, y cuando alguna pública necesidad legalmente comprobada exigiere que la propiedad de algún ciudadano se aplique a sus semejantes, deberá recibir por ella una justa indemnización...* (énfasis añadido).

Y, en el mismo sentido, las Constituciones de 1819 (artículo 1 y 15), 1830 (artículos 108 y 208), 1901 (artículo 17), 1914 (artículo 16), 1922 (artículo 22), 1928 (artículo 32), 1931 (artículo 32), 1945 (artículo 32), 1947 (artículo 65 y 67) y 1953 (artículo 35) consagraron de manera expresa los aludidos derechos.

4. La responsabilidad del Estado y el Principio de la Legalidad

El principio de la legalidad se encuentra contenido en el artículo 137 de la Constitución de 1999. En ese sentido, la referida norma dispone que esa Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, y a ellas deben sujetarse su ejercicio.

En ese sentido, el mencionado artículo dispone:

Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen [...].

De esta manera, el principio de la legalidad, conforme al cual la actividad de los órganos que ejercen el Poder Público queda sujeta a los mandamientos constitucionales y legales, propugna el sometimiento del ejercicio del Poder Público a la Ley, resultando de ello la nulidad de cualquier actividad desarrollada sin que exista previsión constitucional o legal que la haya autorizado previamente. Lo último, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 de la Constitución, pues en él se estableció que toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

En concreto, con respecto a la responsabilidad del Estado adminiculada al principio de la legalidad, se destaca que el último es uno de los elementos fundamentales que desde siempre ha propugnado el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la primera.

En los mismos términos, el artículo 117 de la Constitución de 1961 disponía que “*La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio...*”, entendiéndose con ello, que la actuación del Estado esta sometida a la voluntad de la Constitución y la Ley.

Las Constituciones de 1830 (artículo 8), 1901 (artículo 23), 1914 (artículo 21), 1922 (artículo 28), 1928 (artículo 41), 1931 (artículo 41), 1945 (artículo 42), 1947 (artículo 84) y 1953 (artículo 41) consagraron normas bastante similares a las anteriormente expuestas, en las que el elemento característico lo constituye la sujeción del ejercicio del poder a lo dispuesto por la constitución y las leyes.

5. La responsabilidad del Estado, la jurisdicción contencioso administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva

En la Constitución de 1999, la jurisdicción contencioso administrativa se encuentra consagrada en el artículo 259. Así, el referido artículo dispone:

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

La precitada norma incluye ahora la competencia de los tribunales que integran esta especial jurisdicción para conocer de los reclamos por la prestación de servicios públicos. Esa inclusión es importante dada la circunstancia de que en Venezuela los servicios públicos, en su mayoría -bien estuvieren a cargo de empresas del Estado o de particulares- se sustraían del juzgamiento de su responsabilidad por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa y de allí la aplicación del ordenamiento civil para regular tal responsabilidad.

Anteriormente, fue en la Constitución de 1961 cuando por vez primera se consagró el rango constitucional de la jurisdicción contencioso administrativa. En efecto, el artículo 206 de la Constitución de 1961 que reconoció el rango constitucional de la mencionada jurisdicción, ponía de relieve el acento que el Constituyente hacía en el control de la arbitrariedad de la Administración como un elemento fundamental para el Estado de Derecho. En este sentido, la norma no sólo contemplaba esta especial jurisdicción, sino que le atribuía la competencia para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a Derecho, incluso por desviación de poder, y condenar al pago de los “*daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración*” y “*disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa*”.

Desde luego, la consagración expresa de la jurisdicción contencioso administrativa es parte fundamental de la responsabilidad del Estado, pero además, ella debe ser interpretada con la garantía constitucional de acceso a la justicia de los particulares y la *tutela judicial efectiva* de sus derechos e intereses, la cual se encuentra establecida en la Constitución en los siguientes términos:

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.

Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se ve respaldada por la consagración constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual cuenta como antecedente el artículo 68 de la Constitución de 1961¹⁶, que contemplaba tal derecho en términos bastante similares y que sirvió, por ende, de fundamento a la jurisprudencia, no sólo para el establecimiento de la responsabilidad del Estado, sino además para garantizar la efectividad de los fallos, tanto en lo relativo a las potestades cautelares del juez, como para superar los escollos de las dificultades en la ejecución de la sentencia.

De esa manera, el reconocimiento constitucional de la jurisdicción contencioso administrativa, aunado al reconocimiento del derecho a la igualdad, el derecho de propiedad, el principio de la legalidad, el de la separación de los poderes, el control de la actividad de la Administración y la tutela judicial efectiva, permitieron, sin duda, un importante desarrollo del régimen de la responsabilidad del Estado.

6. La responsabilidad del Estado y otras disposiciones constitucionales

De otra parte, el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado estatuido en la Constitución de 1999 se ve complementado con una serie de disposiciones que coadyuvan a su aplicación, entre las que destacan:

- a. Los artículos 26 y 49 de la Constitución que consagran en forma expresa el derecho de los particulares de acudir a los órganos de justicia para hacer valer sus intereses frente a los daños ocasionados por la Administración y recibir de éstos una tutela judicial efectiva.
- b. Los artículos 7, 25, 46, 49, 139, 141, 199, 200, 216, 222, 232, 244, 255, 281 y 285, relativos a la responsabilidad de los funcionarios públicos.
- c. Artículos 232, 242, 244 atinentes a la responsabilidad del Presidente de la República y los Ministros.
- d. Artículos 19, 29, 30, 31 y 46 relativos a la responsabilidad por violación de derechos humanos.
- e. Artículos 55, 115 y 156 ordinal 2°, referidos a la garantía de la propiedad e integridad patrimonial.
- f. Artículos 1, 2, 19, 21, 133, 299, 311 y 316 relacionados con el principio de igualdad ante las cargas públicas.
- g. Artículo 117 referido al derecho a gozar de bienes y servicios de calidad y a la indemnización en caso de incumplimiento de tal derecho.
- h. La previsión en la Exposición de Motivos de la Constitución de que la responsabilidad del Estado también procede en casos de actuaciones de terceros -personas privadas- en el ejercicio de poderes públicos (*vgr.* concesionarios).

La propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que el régimen básico de responsabilidad integral del Estado venezolano, permite abarcar todos los daños ocasionados por cualesquiera sea la actividad derivada del ejercicio del Poder

16 El artículo 68 preveía el derecho de acceso a la justicia, pero fue utilizado como sustento del principio de la tutela judicial efectiva. La norma, en concreto, disponía: “Todos pueden utilizar los órganos de la Administración de Justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidas por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso”.

Público. En concreto, la Sala estableció que dicho régimen básico de responsabilidad objetiva se encuentra informado por los artículos 25, 29, 30, 46 numeral 4, 49 numeral 8, 115, 139, 140, 141, 199, 216, 222, 232, 244, 255, 259, 281 y 285 de la Constitución de 1999¹⁷.

III. RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En Venezuela -al igual que lo ocurrido con esta institución en Francia, en donde la construcción de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado es obra de la jurisprudencia del Consejo de Estado, del Tribunal de Conflictos y de los propios tribunales judiciales- el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado es producto del desarrollo o en ocasiones involución jurisprudencial de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad del Estado encuentra consagración en disposiciones constitucionales que datan de 1830 -tal como fue explicado con anterioridad-, un sistema propio de responsabilidad patrimonial del Estado se ha construido con base en decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, y otros órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, no obstante que esos órganos para determinar esa responsabilidad se servían, inicialmente, de las disposiciones del Código Civil y luego, aunque con oscilaciones, postulando reglas propias de derecho público.

En efecto, las primeras decisiones dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa referidas a la responsabilidad del Estado se fundamentaron en el sistema de responsabilidad previsto en el Código Civil. Así, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fallo del 11 de febrero de 1985, caso *Leonor Cedeño Salazar vs. Cadafe*, determinó la responsabilidad del Estado y, en consecuencia, condenó a la República al pago de una indemnización a los particulares afectados, con base en el artículo 1.193 del Código Civil, referentes a la responsabilidad civil por guarda de cosas. Igual criterio mantuvo la Sala en casos posteriores, en los que aplicó otras disposiciones del Código Civil para determinar la responsabilidad del Estado¹⁸.

El criterio de fundamentar la responsabilidad del Estado en base a normas del Derecho Civil fue mantenido por el Tribunal Supremo de Justicia, con algunas excepciones¹⁹, incluso durante la vigencia de la Constitución de 1961, la cual proclamaba ya de manera expresa, la responsabilidad autónoma del Estado en su artículo 47.

Tal como sostiene Henrique Iribarren, la evolución jurisprudencial venezolana en esta fase, encierra una paradoja, por cuanto “por un lado todavía emplean el término “responsabilidad civil”, pero por el otro lado cada vez empujan más hacia el sistema de responsabilidad administrativa extracontractual, propio y autónomo del derecho administrativo clásico”²⁰.

17 Sentencia de la Sala Constitucional del 19 de noviembre de 2002. Caso *Viuda de CARMONA II*.

18 Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 19 de julio de 1984 (Caso *Alba ORSETTI*); 4 de marzo de 1993, (Caso *Silvia Rosa RIERA vs. Inavi*); 5 de abril de 1994 (Caso *Nemesio CABEZA vs. Cadafe*); 30 de noviembre de 1994 (Caso *R. GALLARDO vs. Inos*); 3 de agosto de 1995 (Caso *José R. MARÍN vs. Cadafe*); 28 de junio de 1996 (Caso *Bazar Belune de Margarita, C.A. vs. Cadafe*), entre otros

19 Sentencias de la Sala Político-Administrativa del 27 de enero de 1994, Caso *Médanos de Coro*; 25 de enero de 1996, Caso *Sermes FIGUEROA* y 23 de noviembre de 1999, Caso *Luz Magali SERNA RUGELES*.

20 IRIBARREN MONTEVERDE, Enrique, La Responsabilidad Administrativa Extracontractual en *Revista de la Faculta de Derecho UCAB*, n° 44, Caracas, 1992.

*En ese sentido, continua señalando el precitado autor que desde hace ya algún tiempo, magistrales decisiones se han producido al respecto en nuestro ordenamiento jurídico, claro ejemplo de ello lo constituye el “...voto salvado que sobre esta materia propuso el emérito Magistrado, profesor Luis Enrique Farías Mata, (...) en el fallo de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 15 de diciembre de 1992, recaído en el caso *Silvia Rosa Riera*...”.*

Así, el referido voto salvado estableció que:

Finalmente, debe el autor del presente voto salvado concluir afirmando que si este asunto hubiera sido visto desde una perspectiva del estricto Derecho Público menos aún hubiera sido declarado patrimonialmente responsable el servicio público involucrado en el lamentable hecho que dio lugar al asunto *subjudice*.

En efecto, el régimen jurídico especial que disciplina la actividad de los servicios públicos comporta no sólo la sujeción objetiva de éstos al principio de legalidad, sino una aplicación peculiar del principio de respeto a las situaciones jurídicas subjetivas, aplicación ésta enraizada o morigerada por las sentencias de los jueces contencioso administrativos, quienes deben apreciar tal actividad de servicios públicos en función del interés general comprometido en la misma. Para no tener por viables estricta e indiscriminadamente las reglas de responsabilidad civil, concebidas históricamente para las simples relaciones entre los particulares.

Por consiguiente, en criterio del autor del presente voto salvado, la responsabilidad que puede corresponder a las personas morales de Derecho Público, no es ni general ni absoluta, como se ha dicho en la decisión a menudo considerada -no con fundamento- madre del Derecho Administrativo; no se rige, en efecto, directa ni literalmente por las reglas del Código Civil, concebidas para regular las relaciones entre simples particulares; y comporta reglas autónomas y propias, que debe determinar, como ya lo ha hecho, el juez venezolano del contencioso-administrativo, tomando en cuenta la naturaleza del servicio público involucrado, y la necesaria conciliación con el interés general en la prestación del servicio.

Parte de esas reglas propias consisten, en que la exigencia de la ‘falta de servicio’ debe ser necesariamente menor en Derecho Público. Extracontractualmente en Derecho privado se responde hasta por falta levísima; sin embargo, en Derecho público solo responden las administraciones públicas por falta leve, y, en algunos casos, por falta grave.

*Al respecto, señala el Profesor Iribarren que: “...de una simple lectura del texto antes transcrito, aparece la evidencia de que el voto salvado del Magistrado Farías Mata, en el caso *Silvia Rosa Riera*, es el equivalente, en derecho venezolano de la decisión Blanco del Tribunal de Conflictos francés. Es decir, una de las piedras angulares del derecho administrativo, ante lo cual, hay que rendir homenaje...”.*

En apoyo a la evolución que -desde esa famosa decisión en la que el Maestro Luis Enrique Farías Mata salvó su voto- ha venido presentando nuestro marco jurisprudencial, es destacable la decisión dicta por la Sala Político Administrativa el 30 de julio de 2002, en la que se estableció que:

[...] no es propio acudir a las fuentes de las obligaciones que rigen en materia civil, para declarar la responsabilidad de la Administración por su actividad, especialmente por lo que respecta a su actividad extracontractual. Tal postura tiene su fundamento en que la responsabilidad civil atiene de a un sistema jurídico de relaciones intersubjetivas entre particulares, cuyas reglas no pueden ser aplicadas exactamente a los sujetos de derecho público que, además de gozar de potestades públicas, gozan de determinados privilegios por ser los tutores del interés general. Así, se ha sostenido que el ejercicio de las potestades públicas conlleva a la realización de actos y negocios jurídicos y a la producción de hechos que pudieron eventualmente transgredir los derechos de los ad-

ministrados y, por lo tanto, hagan a la Administración responsable en un determinado momento y bajo unas reglas específicas [...]»²¹.

Reafirmando el criterio expuesto, el Tribunal Supremo de Justicia señaló que:

[...] a la luz de la Constitución vigente queda establecida de una manera expresa y sin necesidad de recurrir a interpretación alguna, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños que sufran los administrados como consecuencia de su actividad, por lo que no es imprescindible invocar las normas del Código Civil, ya que la referida responsabilidad se infiere principalmente de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 3, 21, 30, 133, 140, 259 y 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [...]»²².

De igual manera, en sus inicios, la jurisprudencia limitaba la responsabilidad del Estado, primordialmente, a la responsabilidad extracontractual derivada de la actuación de la Administración, excluyendo así la responsabilidad que es consecuencia tanto de la actividad jurisdiccional como la de la legislativa.

Como apuntamos con anterioridad, fue con la promulgación de la Constitución de 1999 que el principio de responsabilidad del Estado fue reconocido de manera clara y expresa en el artículo 140. Así, con la ayuda de esta disposición y de otras normas de rango constitucional, la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ha llegado a construir en Venezuela, insistimos no sin oscilaciones y contradicciones, un sistema autónomo de responsabilidad patrimonial del Estado basado en principios propios de Derecho Público.

Un reciente ejemplo de las oscilaciones y contradicciones señaladas, se presenta en el fallo del 1 de octubre de 2002, cuando la Sala Político Administrativa²³, al referirse a la responsabilidad objetiva de la Administración, señaló que:

[...] aún cuando de acuerdo al artículo 140 del texto constitucional vigente la Administración estaría obligada a reparar el daño presuntamente sufrido por CIVCA como consecuencia de su funcionamiento normal, lo cual comporta la noción de responsabilidad objetiva de la Administración, esta Sala no puede dejar de advertir que tal noción admite límites que se derivan de los eximentes de responsabilidad que consagra el derecho común, que no pueden ser soslayados pues atienden a la responsabilidad general por hecho ilícito, como son las constituidas por causas extrañas no imputables, respecto de las cuales no existe razón alguna para que la Administración no pueda invocarlas; y las cuales se configuran en el presente caso por falta de la víctima y por el hecho de un tercero [...].

El mencionado criterio fue ratificado en idénticos términos, mediante decisión de la propia Sala Político Administrativa en marzo de 2003²⁴.

Así pues, a pesar de las contradicciones tan evidentes como la que demuestra la decisión señalada con anterioridad, los tribunales que integran la jurisdicción contencioso administrativa han delineado una tesis autónoma de la responsabilidad patrimonial del Estado desde distintas perspectivas, entiéndase por ellas, (i) la responsabilidad de la Administración, (ii) la responsabilidad del Estado Juez y (iii) la responsabilidad del Estado Legislador.

21 Sentencia n° 1013 del 31 de julio de 2002. Caso *Marbelis María BORGES vs. C.V.G Bauxilum*.

22 Sentencia n° 850 del 11 de junio de 2003. Caso *Manuel DOS SANTOS vs. Eleoccidente*.

23 Sentencia n° 1.175 del 01 de octubre de 2002. Caso *CIVCA vs. Elecentro*.

24 Sentencia n° 455 del 25 de marzo de 2003. Expediente n° 1996-13173.

1. Responsabilidad de la Administración

En relación a este tema, la doctrina más calificada -García de Enterría y Tomás Ramón Fernández- expone que:

[...] la responsabilidad de la Administración es la contrapartida a sus poderes de ejecutabilidad, por sí y ante sí, de los actos que considera necesarios al cumplimiento de sus fines. Lo contrario sería imposición arbitraria, ruptura de la legalidad²⁵.

Por ser precisamente la Administración la rama del Poder Público que en mayor número de ocasiones compromete la responsabilidad del Estado, nos dedicaremos a estudiar cuáles son las formas clásicas o típicas de comprometer la responsabilidad del Estado a través de la gestión de la función administrativa y que han sido reconocidas por la jurisprudencia nacional. En ese sentido analizaremos:

A. Fundamento Constitucional

La responsabilidad de la Administración se ve fundamentada, en términos generales, en el precitado artículo 140 de la Constitución de 1999, interpretado conjuntamente con la Exposición de Motivos, conforme a la cual la Administración deberá responder patrimonialmente cuando los daños causados por su actuación -actuación administrativa, falta en la prestación de servicios, riesgo creado, inactividad e incluso actividad desarrollada por terceros- le sean imputables a ésta.

En efecto, la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, que comenta la disposición constitucional (art. 140) establece:

[...] la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas (...) de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones.

Esa amplitud en la cual está contemplada la responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución de 1999, da pie para analizar una tipología de tal noción, estudiando, en concreto, la responsabilidad por funcionamiento de servicios, riesgo creado, personas privadas en el ejercicio de funciones públicas y por daños morales causados a los particulares.

B. Por funcionamiento normal o anormal del servicio

Como mencionamos, la Exposición de Motivos de la Constitución prevé expresamente que la responsabilidad patrimonial de la Administración procede cuando se causen daños por el *funcionamiento de los servicios públicos*, sea esta lesión causada por funcionamiento normal o anormal de éstos.

En el caso del funcionamiento normal, tal responsabilidad parte, entre otros, del principio de igualdad de las cargas públicas de los particulares (art. 133, Constitución de 1999), conforme al cual toda persona debe coadyuvar a los gastos públicos generados,

²⁵ Citado por HOYOS DUQUE, Ricardo, *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 1984, p. 8.

inter alia, por la prestación de servicios, por lo cual no puede individualizarse un daño derivado de la prestación del servicio (funcionamiento normal) en una sola persona, sin que ella reciba indemnización por tal daño.

De otra parte, la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal del servicio encuentra su justificación en el derecho que tienen todos los particulares de obtener un funcionamiento normal y adecuado de los servicios públicos. De manera tal que cuando la Administración no cumpla con esa obligación y actúe ilícitamente, deberá indemnizar al particular.

El funcionamiento anormal que hace responsable a la Administración -Moreau- está representado por el incumplimiento de una obligación preexistente. Por tanto, si la Administración comete una falta es porque no se ha sujetado a las obligaciones que le imponen las leyes en la prestación de su actividad y, por tanto, debe indemnizar los daños causados²⁶. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la expresión “funcionamiento normal o anormal del servicio público” se entiende en su sentido más amplio -Parada- como toda manifestación de la actividad administrativa, sea ésta prestacional, de policía, sancionadora o arbitral, en todas sus expresiones, es decir, actividad material (hechos u omisiones) o formal (actos)²⁷.

Existe una inagotable gama de supuestos bajo los que el Estado puede ser declarado responsable por falta en la prestación de servicios:

[...] típicos casos de responsabilidad del Estado por falta de servicio son aquellos que nos toca ver a diario en la televisión de personas a quienes se les ha negado asistencia médica en hospitales públicos o que se les ha mandado de vuelta para la casa con ausencia de diagnóstico o diagnóstico equivocado, que posteriormente causa la muerte del individuo [...]²⁸.

Haciendo referencia a la tesis de la responsabilidad por falta o falla del servicio, la Sala Político Administrativa²⁹, ha insistido en señalar que:

[...] en la actualidad, atendiendo a principios de derecho público, *el acento no está en los criterios de culpa, sino en orden de garantizar la reparación de quien sufre el daño antijurídico, basado en los criterios de falta o falla del servicio* e, incluso del riesgo o daño especial (los cuales, a su vez, se fundamentan en los principios de equidad, solidaridad social, igualdad ante las cargas públicas, o al hecho de la insolvencia del agente público para responder al daño), que expresan en alto grado, un sistema de responsabilidad objetiva, es decir, que en menor o mayor medida atienden al daño causado (no obstante que técnicamente para algunos autores tienen sustanciales diferencias con lo que es responsabilidad objetiva, en tanto que para éstos *strictu sensu* la responsabilidad objetiva supone que siempre se será responsable, excluyéndose así supuestos eximentes de la misma: culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, la fuerza mayor) y donde la responsabilidad del estado entendida como indirecta pasa entonces a ser directa [...] (destacado nuestro).

Recientemente, la Sala Político Administrativa³⁰ del Tribunal Supremo de Justicia señaló que:

26 Vid. MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, Presses Universitaires de France (P.U.F.), París, 1986, pp. 84-86.

27 PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 611.

28 Tomado de www.derecho.udo.cl Texto elaborado por Alejandra AGUAD, Profesora de derecho civil, Facultad de Universidad Diego Portales, sobre la base de un artículo del profesor Jorge LÓPEZ SANTA publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCIV, año 1997, p. 31.

29 Sentencia n° 943 del 15 de mayo de 2001. Caso *viuda de CARMONA*.

30 Sentencia n° 2.132 del 3 de noviembre de 2004. Caso *Hilda Josefina FARFÁN*.

[...] la Constitución vigente establece un *régimen de responsabilidad administrativa de carácter objetivo* que comporta tanto la llamada responsabilidad por sacrificio particular o sin falta, como el régimen de *responsabilidad administrativa derivada del funcionamiento anormal del servicio público*, según el cual los usuarios de los servicios públicos deben ser indemnizados por los daños que puedan surgir del mal funcionamiento de éstos [...] (destacado nuestro).

En nuestra opinión, es posible entender la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal del servicio como una garantía constitucional enmarcada en el contexto del artículo 117 de nuestra carta magna, pues se garantiza a los particulares el correcto funcionamiento de los servicios públicos y el derecho a obtener el debido resarcimiento de los daños causados por el normal o anormal funcionamiento de los mismos.

Aunado a lo anterior, el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa, ha señalado de acuerdo a los principios generales del Derecho Administrativo que han sido reconocidos por los artículos 140 y 141 de la Constitución, e incorporados formalmente en nuestro ordenamiento jurídico-positivo interno, a través del artículo 14 de la Ley Orgánica de Administración Pública de 2001, que el “Estado” responderá patrimonialmente por los daños y perjuicios causados sobre la esfera jurídico-subjetiva de los ciudadanos por sus funcionarios o bienes (*lato sensu*), sí aquellos pueden ser “*imputados*” o bien asociados con el “*funcionamiento*” de la “*Administración Pública*”.

En concreto, la Sala Político Administrativa, en cuanto a la responsabilidad del Estado por falta o funcionamiento anormal de servicios, estableció que:

[...] En efecto, esta Sala ha precisado que la responsabilidad del Estado encuentra actualmente fundamento expreso en los Principios de Igualdad, Solidaridad y Justicia Social o de Equilibrio ante las Cargas Públicas, los cuales se sustentan en el postulado de persecución, consecución, satisfacción y tutela de los intereses colectivos, por parte de las instituciones del Poder Público y sus órganos; motivo por el cual, sí alguna autoridad legítima causa daños o perjuicios a un particular en el ejercicio legal o ilegal de sus potestades públicas, éste último no debe de sufrir individualmente las cargas de esa actividad administrativa, ya que un sujeto que forma parte del colectivo no debe ser sometido a una situación más gravosa de la que soportan la generalidad de los ciudadanos. En tal supuesto negado, el equilibrio debe ser restablecido mediante la indemnización correspondiente, aunque la actividad administrativa fuese lícita o se presuma que es de tal forma, sí causó de manera excepcional un daño o perjuicio cierto.

[...]

Así, el Estado responde ordinariamente por el funcionamiento “anormal” (o por falta) de las instituciones del Poder Público y sus órganos, en el cumplimiento o realización de sus compromisos, cometidos y fines, esto es, por los daños y perjuicios que sean ocasionados, bien sea por las personas (funcionarios y demás trabajadores) que dependen de esos órganos en el ejercicio de sus funciones, o bien sea por las cosas y bienes que le pertenecen o son administradas por esos órganos, sí dicho funcionamiento es consecuencia de una conducta ilícita o contraria al derecho positivo.

[...]

Para el establecimiento de la antes dicha responsabilidad patrimonial del Estado, se requiere de una declaración unilateral de reconocimiento que emane de una autoridad gubernamental con competencia para ello, o de una declaración judicial de condena que derive de un proceso judicial, a través del cual, se determine lo ilícito (o anormal) del funcionamiento y la lesión que esa conducta produjo sobre cualesquiera intereses legítimos y derechos subjetivos [...] (destacado nuestro)³¹.

31 Sentencia nº 730 del 30 de junio de 2004. Caso *Rister Deltony RODRÍGUEZ vs. Universidad de Oriente*.

C. Por sacrificio particular

Al igual que la responsabilidad por funcionamiento anormal, el deber de indemnizar por sacrificio particular tiene apoyo constitucional expreso en la Exposición de Motivos que plantea la globalidad de la responsabilidad, conjuntamente con el principio constitucional de igualdad de las cargas públicas.

Se verifica la responsabilidad por sacrificio particular, cuando el Estado, en ejercicio de su *actividad lícita*, causa un daño que en virtud de su gravedad y especialidad comporta una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, desde que impone un sacrificio para el particular que excede de aquél que el común de los administrados debe normalmente soportar.

En tal virtud, la Sala Político Administrativa³² ha determinado que:

[...] la Administración está obligada, en principio, al resarcimiento en toda circunstancia: sea por su actuación ilegítima; o bien porque en el ejercicio legítimo de sus competencias genere daños a los administrados. En consecuencia, la actividad de la Administración, manifestada a través de cualquiera de sus instituciones mediante las cuales gestiona la prestación de servicios públicos, *debe siempre resarcir a los particulares, si por el resultado de su actuación se fractura el equilibrio social, alterando la necesaria igualdad que debe prevalecer entre los ciudadanos ante las cargas públicas, denominado por la doctrina responsabilidad sin falta o por sacrificio particular*; o porque en virtud de la misma gestión pública, el daño se produce como resultado de un funcionamiento anormal de la Administración [...] (énfasis añadido).

D. Por riesgo creado

La teoría del riesgo creado ha sido utilizada también por la doctrina y la jurisprudencia para justificar la responsabilidad del Estado frente a la ausencia de falta. Para algunos -López Mesa- ello es

[...] un destacado fenómeno del derecho contemporáneo, el retorno a formas primitivas de imputación de responsabilidad, prescindentes de la exigencia de culpabilidad en el sujeto para atribuirle las consecuencias de un hecho del que es autor material.³³

Para Rivero, la responsabilidad de la Administración por riesgo se produce cuando

[...] la Administración en el ejercicio de su misión, expone a algunas personas a un riesgo particular: por consiguiente, al crearse ese riesgo se está generando la responsabilidad de un daño. Se señalan como ejemplos los daños causados por actividades técnicas o cosas peligrosas³⁴.

Por su parte, Tamayo Jaramillo expresa que una actividad será peligrosa o riesgosa

[...] cada vez que, con cosas o sin ellas, una persona moral o jurídica, con su actividad, genera más peligros de daño de los que, por sí misma, está en capacidad de soportar una persona. La ruptura de ese equilibrio de riesgos con los cuales la naturaleza dotó a los individuos exige que el agente de esa ruptura asuma sus consecuencias.³⁵

32 Sentencia nº 1.210 del 3 de octubre de 2002. Caso *Dorangella de Jesús VILLARROEL vs. ELEORIENTE*.

33 LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Algunos excesos en materia de responsabilidad del Estado. ¿Es posible aplicar al Estado la doctrina del riesgo creado?". Conferencia dictada el 30 de agosto de 2001, en la ciudad de Salta, Argentina.

34 RIVERO, Jean, *Derecho Administrativo*, Novena Edición, Instituto de Derecho Público Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 308.

35 TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La responsabilidad del Estado*, Editorial Temis, Bogota, 2000, p. 77.

Así, se interpreta que cuando la Administración lleva a cabo una actividad de la cual se beneficia o aprovecha y crea un riesgo de causar daños, debe responder por el daño causado cuando dicho riesgo se verifique o concrete, con independencia de toda culpa objetiva o subjetiva. Se expresa así, que el daño causado por la actividad riesgosa comporta una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas al imponer a los afectados una carga que no están obligados a soportar.

Por ello se asegura que en este tipo de responsabilidad:

[...] la culpa deja de ser la protagonista exclusiva en el escenario de la responsabilidad por daños, pasando a compartir cartel con un factor de atribución nuevo, que al extender su esfera de aplicación va a producir una suerte de socialización de la obligación de responder, por imperio de la afinación del factor de atribución. La resignación cristiana ante lo que antiguamente se denominaban “accidentes” dejó paso a la búsqueda a ultranza de un obligado a reparar el perjuicio. La justicia y la equidad obligaron a asegurar una reparación a las víctimas de accidentes “anónimos” o sin culpa aparente de nadie, cuando echó de verse que significaba una irrealidad la imputación de dichos daños al error humano, apreciado en sentido clásico³⁶.

No obstante, hay quienes señalan que la responsabilidad por riesgo excepcional es un régimen subsidiario que sólo resulta aplicable en el supuesto en el que la prueba de la culpa por el demandante resulte imposible, pues si dicha prueba existe carece de sentido determinar la responsabilidad del estado por vía de presunción objetiva. También se esgrime que resulta inconveniente acudir al principio de igualdad ante las cargas públicas para fundamentar la responsabilidad por riesgo, pues ello comportaría extender la responsabilidad del Estado a aquellos supuestos en que los daños causados tienen su origen en la conducta protectora de éste frente a actos o ataques subversivos que ponen en riesgo a la comunidad³⁷.

Han sido muchos, sin embargo, los ordenamientos jurídicos que bajo la idea del riesgo e inspirados en la jurisprudencia francesa, han determinado la responsabilidad del Estado en múltiples supuestos que abarcan la responsabilidad de la Administración por la presencia de obras que implican un riesgo para la colectividad (*i.e.* depósitos de municiones o explosivos); los daños causados por enfermos mentales sujetos al cuidado del Estado o de delinquentes reeducados por éste que posteriormente vuelven a delinquir; los daños causados por el uso de armas de fuego por parte de los funcionarios de los órganos de seguridad del Estado, aún cuando se encuentren fuera de servicio; la caída de árboles plantados en la vía pública, entre otros³⁸.

En nuestro país, la jurisprudencia ha determinado la responsabilidad del Estado por riesgo creado sobre todo en supuestos de daños causados por instalaciones eléctricas. Así, se ha señalado que:

[...] la responsabilidad (del Estado) se hace aún más evidente cuando se trata de cosas que representan un peligro objetivo del cual ese guardián obtiene un beneficio. [...] Si se trata de una cosa peligrosa, dentro de las cuales podemos incluir sin duda a la electricidad, y aun más la de alta tensión, de la cual el guardián saca un provecho, resulta obvio que debe asumir totalmente las consecuencias que deriven del riesgo que crea [...]³⁹.

36 LÓPEZ MESA, Marcelo J., *ob. cit.*, p. 14.

37 TAMAYO JARAMILLO, Javier, *ob. cit.*, pp.80-81.

38 *Vid.* para mayor profundidad del tema, la excelente recopilación jurisprudencial realizada por LÓPEZ MESA, Marcelo J., *ob. cit.*

39 Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 5 de abril de 1994. Caso *Nemecio CABEZA vs. Cadafe*.

No obstante, debe tenerse presente que la tendencia actual está dirigida a restringir a supuestos excepcionales y específicos la responsabilidad del Estado por riesgo creado, dado que en la actualidad el fundamento de la responsabilidad descansa en el derecho del administrado a la integridad de su patrimonio bajo el principio de igualdad ante las cargas públicas.

E. Por daños morales causados a particulares

Tal y como se encuentra contemplada la responsabilidad en nuestro texto constitucional, en los artículos 140 y 259, conjuntamente con la Exposición de Motivos, el deber del Estado de indemnizar por daños causados a los particulares en su patrimonio -bienes y derechos- incluye, desde luego, su *patrimonio moral*.

Así, el daño moral consiste en la afección psíquica, moral, espiritual o emocional que experimenta una persona, con ocasión de una lesión a su acervo moral o emotivo. La jurisprudencia venezolana ha definido el daño moral como aquél inferido “...a derechos inherentes a la personalidad o a valores que pertenecen más al campo afectivo que a la realidad material económica...”.

La doctrina -Pietri- ha distinguido entre (i) los daños morales que recaen sobre bienes inmateriales, de (ii) los daños morales que se derivan de daños materiales o corporales, y que generan en consecuencia un daño moral⁴⁰.

En el primer grupo quedan comprendidas las lesiones al honor, a la vida privada, al derecho a la propia imagen, al derecho al nombre de una persona, la lesión a los derechos del cónyuge, y en general todas las lesiones a los derechos individuales o de la personalidad, así como aquellas vinculadas con el aspecto social, relacionadas con la pérdida de la estima que tiene la víctima del daño dentro de la sociedad.

El segundo grupo, se refiere principalmente a los daños morales que se derivan como consecuencia de lesiones físicas de la persona. Tales lesiones causan -además de las implicaciones materiales- un sufrimiento a la persona derivado del daño ocasionado a su cuerpo, que se concreta a través de la imposibilidad o dificultad de disfrutar plenamente de la vida.

Se ha admitido que la Administración, en el ejercicio de las actividades que le competen, puede lesionar el patrimonio moral de los administrados, bien a través de daños a la personalidad de los particulares o bien por medio de daños físicos que ocasionan daños morales, los cuales generarán la responsabilidad del Estado.

En nuestro país, la indemnización del daño moral por la responsabilidad del Estado-Administrador ha sido ampliamente admitida por la jurisprudencia. En un primer momento, ello fue aceptado conforme al régimen común del Código Civil -tal como fue explicado con anterioridad-.

Sobre el 1.196 del Código Civil, que admite la reparación por hecho ilícito respecto del daño moral, configuró la jurisprudencia venezolana la responsabilidad del Estado por las lesiones al patrimonio moral de los particulares.

Así, la Sala Político-Administrativa, mediante decisión referida a la responsabilidad de una empresa del Estado, señaló lo siguiente:

40 PIETRI, Alejandro, *Valoración Jurídica del Daño Moral*, Editorial Fabreton, Caracas, 1988, p. 107.

[...] tiene establecido la Sala de Casación Civil de esta misma Corte que los daños morales, por su naturaleza esencialmente subjetiva, no están sujetos a una comprobación material directa, pues ella no es posible. Para establecerlo, *el legislador en el artículo 1.196 del Código Civil facultó al juzgador para apreciar si el hecho ilícito generador de daños materiales puede ocasionar, además, repercusiones psíquicas o de índole afectiva, lesivas de algún modo al ente moral de la víctima*. La apreciación que al respecto hagan los jueces del mérito así como la compensación pecuniaria que acuerden en uso de la facultad discrecional que les concede el citado artículo, son del resorte exclusivo de los jueces del mérito [...] (énfasis añadido).⁴¹

En decisión posterior, la Sala Político Administrativa señaló que:

[...] *el reconocimiento del daño moral es uno de los grandes logros del derecho moderno que quedó plasmado en la norma del artículo 1.196 del Código Civil relativo al hecho ilícito pero extensible a todo daño acarreado a la víctima en una relación jurídica [...]*⁴² (énfasis añadido).

La jurisprudencia ha determinado, con base a esta disposición, que el daño moral puede ser ocasionado por la Administración por funcionamiento anormal o sacrificio particular, aun cuando será en el primer supuesto, donde residirán las mayores probabilidades de lesiones al patrimonio moral de los administrados. Un caso especial es aquél en el cual la Administración lesiona el patrimonio moral de los particulares descreditando su honra y reputación. Piénsese así en el funcionario público que, con ocasión del ejercicio de sus funciones, emite términos difamantes contra determinados particulares, o hace uso de medios oficiales para tales fines.

Sobre la responsabilidad de la Administración en este supuesto, se pronunció la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de fecha 21 de febrero de 1996 (caso *G. Mendoza vs Ministerio del Ambiente*), al estimar procedente la reclamación por daño moral interpuesta por un particular que consideró que el Poder Ejecutivo había afectado su patrimonio moral al cuestionar su probidad y moralidad en el acto que indebidamente había acordado su destitución.

En esa decisión la Corte destacó que el acto de remoción, había traído consigo un “*notorio daño moral al apelante*”, por cuanto éste había sido destituido públicamente y sin previo procedimiento, tomado por ciertos hechos que no habían sido probados y que ofendían su moralidad.

Asimismo, respecto del daño moral ocasionado por el descrédito público realizado por la Administración contra determinado particular, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia señaló, en sentencia del 12 de diciembre de 1996, lo siguiente:

[...] En relación con la pretensión de condena por daños morales ocasionados por la emisión y divulgación del acto administrativo impugnado, considera la Sala que, en efecto, ella debe proceder, ya que ha quedado determinado a lo largo del proceso no sólo que eran falsas las imputaciones contenidas en la providencia administrativa recurrida (...), por lo que fue absolutamente incorrecto el tacharlo de inmoral, de carácter de dignidad y de honor, y de mantener reiteradamente una conducta relajada no cónsona con la vida militar; sino también que su carrera militar era promisoriosa ...; y que a raíz de su retiro intempestivo de la Armada tuvo el actor que pasar por grandes dificultades, tanto en el ámbito familiar, como entre sus compañeros y amistades, y en el plano profesional y económico, siendo objeto de rechazos y viéndose imposibilitado de conseguir un trabajo acorde con sus capacidades [...]⁴³.

41 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 11 de febrero de 1985, caso *Cedeño SALAZAR vs. Cadafe*.

42 Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 27 de enero de 1993. Caso *Promociones Terra Cardón*.

43 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 12 de diciembre de 1996.

La responsabilidad de la Administración, en estos casos, puede originarse, incluso, en relación con el máximo jerarca, es decir, el Presidente de la República: basta con pensar en las declaraciones presidenciales emitidas a través de medios oficiales de comunicación e, incluso, a través de transmisiones conjuntas de radio y televisión efectuadas con fundamento en el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y en las cuales se afecte la honra y reputación de diversas personas, jurídicas o naturales, públicas y privadas (*i.e.*: particulares, empresas, organizaciones sindicales, magistrados del Poder Judicial, etc.).

Ahora bien, bajo la vigencia de la Constitución de 1999, el Tribunal Supremo de Justicia, se ha pronunciado asimismo en relación a los daños morales derivados de lesiones físicas sufridas por el particular cuya responsabilidad era de la Administración. Así, consideró procedente la reclamación por daño moral sufrido por un particular a consecuencia del estallido de un aparato explosivo que le causó daños físicos, en la sentencia de la Sala Político-Administrativa, de fecha 9 de octubre de 2001 (caso *Hugo Eunices Betancourt Zerpa*).

Este caso marca, además, una segunda etapa en lo concerniente a las reclamaciones por daño moral, en la cual se admite la responsabilidad del Estado con fundamento en el régimen de Derecho Público previsto en la Constitución al señalar que:

[...] en el caso venezolano, ya esta Sala en otras oportunidades ha acordado la indemnización a los ciudadanos que han sufrido daños en su esfera patrimonial o moral, por razón de actos y hechos imputables a la Administración y en el caso específico de hechos ilícitos, la responsabilidad de la Administración había sido determinada en función de los artículos 1185 y siguientes del Código Civil. Más aún, en situaciones similares a la que nos ocupa, se había ordenado la indemnización por daño moral en función del artículo 1193 *ejusdem*. Ahora bien, *desde hace algún tiempo se ha venido insistiendo en que no es propio acudir a las fuentes de las obligaciones que rigen en materia civil, para declarar la responsabilidad de la Administración por su actividad, especialmente por lo respecta a su actividad extra-contractual [...] (énfasis añadido).*

La principal particularidad de esta responsabilidad es que el daño cierto sufrido *no debe ser probado sino estimado*, estimación que no será vinculante para el juez. Así lo había señalado el Máximo Tribunal al establecer que:

[...] lo que debe acreditarse plenamente en una reclamación por daño moral es el llamado hecho generador del daño moral, o sea, el conjunto de circunstancias de hecho que generan la aflicción cuyo *pretium doloris* se reclama [...]⁴⁴.

Igual criterio se mantuvo en la precitada decisión del caso *Hugo Eunices Betancourt Zerpa* al señalar la Sala Político-Administrativa que:

[...] la indemnización por daño moral encuentra su fundamento en la afección de carácter intangible desde el punto de vista material que se produce en la esfera inmanente al individuo, *tomándose en cuenta para su valoración las circunstancias personales de la víctima*, es decir, la edad, sexo y el nivel de incapacidad que le produjeron los daños. Este derecho a la indemnización por daño moral no persigue en modo alguno sancionar civilmente al causante del daño -como sucede en otros ordenamientos jurídicos- pues su fundamento es el indemnizar el dolor sufrido por una persona a raíz de una pérdida inmaterial, espiritual o afectiva. *De allí que el legislador haya dejado al Juez la estimación de la indemnización que merece en cada caso, quien haya resultado dañado moralmente (énfasis añadido)*⁴⁵.

44 Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 10 de octubre de 1991.

45 En general, sobre ello, *vid.* PIETRI, Alejandro, *ob. cit.*, pp. 107 y ss.

En la determinación de esta responsabilidad, el resto de los elementos configuradores sí serán exigibles, y de allí que deba precisarse la relación de causalidad entre el daño moral y la Administración, referida -por lo general- al funcionamiento anormal de sus servicios.

Ahora bien, el Tribunal Supremo de Justicia tuvo la oportunidad de aplicar el artículo 140 de la Constitución, disposición que pone el acento en el daño causado -en este caso, al patrimonio moral de los afectados- y no en la culpa de la propia Administración, para establecer su responsabilidad, lo que ha significado una evolución jurisprudencial que tiende a ampliar considerablemente, las causas de responsabilidad del Estado-Administración, más allá de las tradicionalmente admitidas.

Así, la Sala Político-Administrativa, en sentencia de 10 de abril de 2002, determinó que el precitado artículo 140, que establece la responsabilidad objetiva de la Administración, abarca la indemnización por los *daños morales* causados a los particulares, declarando así con lugar los daños morales reclamados por un particular que sufrió electrocución por contacto con un tendido eléctrico propiedad de la empresa pública CA-DAFE. En esa decisión la Sala determinó lo siguiente:

En la vigente Constitución, el ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración se extiende, de acuerdo con su artículo 140, “a todo daño sufrido por los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”, consagrando en definitiva y sin margen de dudas, la responsabilidad objetiva, patrimonial e integral de la Administración, cuando con motivo de su actividad ocasione daños a los particulares, no importando si el funcionamiento dañoso de la Administración ha sido normal o anormal, a los fines de su deber resarcitorio.

De tal manera que tanto la Constitución de 1961, vigente al momento de producirse el siniestro, como la de 1999, establecen el sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo que le es propio al conocimiento y competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, sin que sea necesario recurrir en todo caso a las fuentes del derecho civil sobre el hecho ilícito, para determinar dicha especial responsabilidad. Tal precisión se hace pertinente por cuanto en la evolución histórica de la responsabilidad extracontractual de la Administración, no siempre el Estado resultó ante los administrados responsable por los hechos dañosos que causaba, pues durante mucho tiempo se le dispensó de responsabilidad por parte de los tribunales de justicia, al considerarse que los ciudadanos debían soportar sin reclamo una actividad que por estar destinada a la satisfacción del interés general, suponía un riesgo que los particulares debían afrontar por sí mismos.

En este orden de ideas, de acuerdo al mandato constitucional resulta imperativo señalar los elementos constitutivos que deben concurrir para la procedencia de la responsabilidad de la Administración. Tales elementos son, conforme a la Carta Fundamental: 1. Que se haya producido un daño a los particulares en la esfera de cualquiera de sus bienes y derechos. 2. Que el daño inferido sea imputable a la Administración, con motivo de su funcionamiento y 3. La relación de causalidad que obligatoriamente debe existir entre el hecho imputado y el daño producido.

Respecto del ámbito que abarca la responsabilidad del Estado, es terminante la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela al disponer que *son resarcibles patrimonialmente los daños que sufran los particulares por el funcionamiento de la Administración, en cualquiera de sus bienes y derechos, lo cual implica que el daño moral es igualmente indemnizable, si este tiene origen en una actividad imputable a la Administración*” (énfasis añadido)⁴⁶.

Este criterio sobre la procedencia de la responsabilidad por daño moral con base en la responsabilidad objetiva del Estado, fue ratificado por la Sala Político-Administrativa

⁴⁶ Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 10 de abril de 2002. Caso *Augusto Nunes REVENRENDO DE PINHO vs. Cadafe*. Este criterio fue reiterado por la Sala en sentencia de fecha 30 de julio de 2002 en el caso *C.A. Electricidad de los Andes (CADELA)*.

Accidental de Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 3 de noviembre de 2004 (publicada el 16 de noviembre de 2004), con ponencia de la Conjuez Maria Luisa Acuña López.

En ese caso, se demandó a la República de Venezuela por indemnización de daños y perjuicios y daño moral, como consecuencia de que en el año 1992, un aviso de señalización ubicado en la autopista dirección Valencia-Tocuyito se desprendió y cayó sobre un vehículo que la transitaba, causándole la muerte a su conductor. Los demandantes fundamentaron la responsabilidad del Estado en los artículos 3 y 206 de la entonces vigente Constitución de 1961, alegando la *responsabilidad objetiva del guardián de la cosa* prevista en el Código Civil (arts. 1193, 1185 y 1196 del CC).

Sobre ello, la Sala Político Administrativa Accidental señaló que:

[...] en situaciones similares a la que nos ocupa, se había ordenado la indemnización por daños materiales y morales en función del artículo 1193 invocado en este caso por la parte actora (CSJ-SPA, caso *Alba Orsetti Cabello Sánchez*, 19-07-84; CSJ-SPA, caso *Cedeño Salazar vs. Cadafe*, 11-02-85; CSJ-SPA, caso *Nemecio Cabeza vs. Cadafe* 05-04-94).

Ahora bien, (...) el constituyente de 1999 (...) consagró en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela una norma que prevé de manera expresa y sin necesidad de recurrir a interpretación alguna, la *responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños que sufran los administrados como consecuencia de su actividad. Dicha norma dispone:*

Artículo 140. El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

Con la anterior prescripción constitucional, se establece un mandato obligatorio a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para ordenar cuando sea procedente, la indemnización de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de la actividad de la Administración. Dicha norma se encuentra, a su vez, complementada por disposiciones cuyo origen inmediato puede ser encontrado en la Constitución de 1961 y que el Constituyente de 1999 no dudó en incorporar al nuevo Texto Constitucional dado su valor y alcance en protección de los derechos ciudadanos. Tales disposiciones son: el artículo 259 de la Constitución vigente (antiguo 206 de la Constitución de 1961) relativo a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para “condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración”, así como para “conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos” y los artículos 21, 133 y 316 *eiusdem* (antiguos 61, 56 y 223 respectivamente, de la Constitución de 1961), en los cuales se fundamenta el Principio de Igualdad o Equilibrio ante las Cargas Públicas.

En este orden de ideas, resulta evidente que la responsabilidad extracontractual de la Administración encuentra fundamento expreso en la actualidad en el *Principio de Igualdad o Equilibrio ante las Cargas Públicas*. Este principio tiene fundamento en que la Administración persigue la satisfacción y tutela de los intereses colectivos; y, si ésta en ejercicio de sus potestades -por órgano de autoridad legítima- causa un daño a un particular, éste no puede sufrir individualmente las cargas de la actividad dañosa de la Administración. No debe en función del colectivo someterse a un miembro de éste a una situación más gravosa que la que soportan la generalidad de los que la conforman y, de ocurrir, el equilibrio debe restablecerse mediante la indemnización correspondiente; por lo que, independientemente de que la actividad de la Administración fuese lícita o ilícita, con o sin culpa, si ésta le ha causado un daño a un particular, la Administración debe responder patrimonialmente.

Se infiere de lo expuesto, que la Constitución vigente establece un *régimen de responsabilidad administrativa de carácter objetivo* que comporta tanto la llamada responsabilidad por sacrificio particular o sin falta, como el régimen de responsabilidad administrativa derivada del funcionamiento anormal del servicio público, según el cual los usuarios de los servicios públicos deben ser indemnizados por los daños que puedan surgir del mal funcionamiento de éstos.

[...]

Cabe concluir entonces, que del espíritu del Constituyente se deriva inequívocamente la voluntad de consagrar un *sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado, que abarca todos los daños ocasionados por cualquier actividad derivada del ejercicio de cualquiera de las funciones ejercidas por los órganos del Poder Público...*” (énfasis añadido).

De esa manera, se reiteró el criterio de la procedencia del daño moral en la responsabilidad del Estado, pero con la particularidad de que acordó el cálculo de la condena a ser pagada por parte de la República en *Unidades Tributarias (U.T.)*.

Es claro que Venezuela ha acogido jurisprudencialmente el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración a través de la aplicación del artículo 140 de la Constitución, extendiendo el alcance de esa responsabilidad a la indemnización de los daños morales causados a los particulares por el funcionamiento de la Administración.

F. Por personas no estatales

La Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, al referirse al artículo 140, explica que éste abarca la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, cuando la lesión sea imputable a los entes públicos “*o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones*”.

Y es que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado no se agota en la responsabilidad derivada de los entes que tienen la personalidad jurídica del Estado, sino que también incluye los actos de personas diferentes al Estado, es decir, terceros particulares que ejercen funciones públicas o actúan en funciones administrativas.

Así, podemos identificar varios supuestos que podrían generar responsabilidad al Estado, a saber, (i) la responsabilidad extracontractual del concesionario por los daños causados por su actividad; (ii) la responsabilidad derivada de los “actos de autoridad” dictados por personas jurídicas diferentes al Estado; y (iii) en general, la responsabilidad derivada de la actuación de cualquier persona jurídica que no forme parte de la estructura general del Estado y que cause daños en ejercicio de funciones públicas.

a. Responsabilidad del Concesionario

Para la prestación de los servicios públicos y la consecuente satisfacción del interés general, la Administración suele apoyarse en los administrados que de forma voluntaria prestan su colaboración en la ejecución del correspondiente servicio.

Esta colaboración -Marienhoff- se justifica “*por una comprensible y razonable insuficiencia o imperfección en la actuación de los funcionarios y empleados públicos, y por*

*la necesidad de que en la comunidad estatal cada uno coopere, en la medida de sus posibilidades, al bien común*⁴⁷.

La concesión de servicios públicos es, precisamente, una de esas formas de colaboración que permiten la gestión indirecta del servicio público a través de los particulares. La concesión, es el acto por medio del cual el Estado encomienda a una persona, bien sea natural o jurídica (i.e. concesionario), la organización y funcionamiento de un servicio público en forma temporal, la cual, por virtud de su colaboración percibirá una contraprestación que podrá estar representada en el precio pagado por los usuarios del servicio o en subvenciones conferidas por el Estado.

La gestión de los servicios públicos por vía de concesión da origen al establecimiento de una serie de relaciones que se verifican entre el Estado, concedente y el concesionario; entre éstos y los usuarios y entre el concesionario y terceros (no usuarios). Es en el segundo de estos ámbitos que se observa con mayor frecuencia la exigencia de la responsabilidad del Estado por los daños causados por la mala prestación del servicio público. Y es que, como bien lo señala Bielsa, el establecimiento de condiciones y normas que regulen la prestación y organización del servicio por el concesionario no resulta suficiente pues “el daño que el usuario sufra como consecuencia del servicio público debe serle indemnizado (...) el funcionamiento del servicio público se regula mejor cuando a la vez se protege al usuario tanto en punto a la efectiva realización del servicio, como a su incolumidad personal y patrimonial”⁴⁸.

Esta obligación del Estado de indemnizar a los usuarios surge de la garantía que constitucionalmente les reconoce el derecho a que el servicio sea prestado en forma eficaz y correcta, dentro de los parámetros de normalidad.

En Venezuela, incluso antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia reconoció, por medio del fallo del 29 de diciembre de 1998, que los principios que gobiernan la responsabilidad patrimonial del Estado, abarcan también a los concesionarios de servicios públicos.

Así, en esa decisión, se condenó -mediante la aplicación de las disposiciones de Derecho Público relativas a la responsabilidad patrimonial del Estado- a un concesionario de servicio público (CANTV), a indemnizar los daños ocasionados a un particular por la pérdida de su vivienda, como consecuencia de los errores en la construcción de una obra inherente a dicho servicio público. En esa decisión, el máximo Tribunal, consideró que:

Se ha producido una lesión producto de una obra que en su conjunto es la construcción de la referida central telefónica *imputable a la empresa concesionaria de servicio público* COMPAÑÍA ANÓNIMA NACIONAL TELÉFONOS DE VENEZUELA (CANTV) *quien actuó materialmente por vía de su contratista* [...]. Ha habido un intolerable sacrificio de los derechos individuales de los actores por razón de una obra de servicio público. Por tanto, aplicando los *principios que gobiernan la responsabilidad patrimonial del Estado que abarcan a los concesionarios de los servicios públicos*, con base en los artículos 47, por interpretación en contrario, 56, referido a la igualdad ante las cargas públicas, 68, referido al derecho a la defensa, 88, garantía del derecho de propiedad, y 206 de la Constitución Nacional, que faculta a la jurisdicción contencioso administrativa para condenar al pago de sumas de dinero, reparación de daños y perjuicios y disponer lo necesario para el restablecimiento de la situación jurídica infringida, es claro que los actores han sufrido un daño que no tienen el deber jurídico de soportar que compromete la responsabilidad civil, lla-

47 MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Tercera Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 195, citado por CITARA, Rubén Miguel, *El Servicio Público. Parte 2. Poder de Policía*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, p. 104.

48 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1980, p. 469.

mada por la doctrina administrativa del Estado, que ha actuado en este caso *por vía de una concesionaria del servicio público [...] empresa ésta última que debe indemnizar a los actores...* (resaltado nuestro)⁴⁹.

Este derecho se ve reforzado a su vez por la disposición constitucional contenida en el artículo 259 de la Constitución que consagra las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa entre las que se incluyen ahora los reclamos por la prestación de servicios públicos.

La regulación a nivel constitucional de estos derechos junto al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, así como de los mecanismos previstos para su protección, permiten afirmar que los usuarios tienen derecho a unos servicios públicos de calidad y eficiencia, lo cual comporta que los mismos se presten sin discriminación, de acuerdo a niveles, pautas y bases mínimas aceptables en su calidad técnica, y con una eficiencia que se traduzca en prestaciones llevadas a cabo con continuidad, regularidad, obligatoriedad en la prestación y generalidad. Si estos derechos no son observados surge para el usuario, sin duda, la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado y su concesionario por la mala prestación del servicio otorgado en concesión.

Ahora bien, ante el incumplimiento de dichos derechos, surge para el usuario la duda sobre ante quien tiene que acudir para ver satisfecha su pretensión indemnizatoria; se plantea si debe acudir a la propia Administración concedente o, por el contrario, debe acudir directamente al concesionario.

En ese sentido, Berrueta de Juan, citando a González Navarro, ha señalado:

1. La indemnización a terceros por daños causados por el empresario de un servicio público constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual de la Administración.
2. La indemnización es a cargo de la Administración cuando el concesionario obró siguiendo las alteraciones del clausulado impuestas por la Administración en el ejercicio de la potestas variandi, o en cumplimiento de órdenes recibidas de la Administración en el ejercicio de sus poderes de inspección o vigilancia, o de las instrucciones que aquélla le haya dado en interpretación de las cláusulas del contrato.
3. En los demás supuestos, ya actúe ejerciendo poderes no estrictamente concesionales que le hubieren sido delegados, ya actúe dentro del giro o tráfico normal de su empresa, el concesionario es responsable (...) subsidiario, pues quien responde directamente es la Administración que concedió el servicio, la cual sigue siendo titular del mismo
4. La responsabilidad del concesionario será objetiva y no meramente subjetiva⁵⁰.

*Nuestra Ley de Concesiones*⁵¹, en idéntico sentido, establece en su artículo 36 como una obligación del concesionario “indemnizar los daños y perjuicios que se causen a terceros con motivo de la ejecución del contrato de concesión, a menos que tales daños fuesen la consecuencia inmediata de una orden o instrucción emanada del ente concedente o de cualquier otro órgano o entidad de la Administración”.

De allí que, salvo en el caso en que los daños causados al particular sean consecuencia del cumplimiento de las órdenes recibidas por la Administración concedente, en el cual

49 Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 29 de diciembre de 1998, caso *Franz WEIBEZAHN vs. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) y Oficina Técnica DINA*.

50 DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel, *El incumplimiento en la concesión de servicio público*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981, p. 471.

51 Decreto n° 318 con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones (*Gaceta Oficial* N° 5.394 extraordinario del 25 de octubre de 1999).

ésta responderá de forma directa frente al usuario, la responsabilidad del concesionario subsiste con la de la Administración concedente del servicio, quedando a salvo la posibilidad para el usuario de acudir a una u otra vía.

Finalmente, debe dejarse claro que en el caso de las controversias que se presenten entre el concesionario y sus empleados o entre éste y terceros no usuarios (i.e. provisión de suministros, o hechos ilícitos cometidos por dependientes del concesionario) queda excluida la responsabilidad del Estado. En este caso, estas relaciones se desarrollarán en el ámbito del Derecho Privado.

b. Responsabilidad derivada de los “actos de autoridad”

En ciertos casos, las personas jurídicas no estatales pueden dictar actos en ejecución expresa de una Ley (*vgr.* Universidades Privadas, Colegios Profesionales). Estos actos son conocidos como “actos de autoridad” y son considerados auténticos actos administrativos, objeto del control contencioso-administrativo.⁵²

La Exposición de Motivos de la Constitución, tal y como se afirmó anteriormente, establece la posibilidad de que el Estado sea responsable patrimonialmente, incluso por la actuación de los particulares en el ejercicio de funciones públicas.

En este sentido, señala De Grazia, que:

[...] los entes que emiten “actos de autoridad” quedan, en lo que atañe a la responsabilidad derivada de esos actos, *sujetos al mismo régimen de responsabilidad del Estado derivado del artículo 140 de la Constitución*. Es posible entonces, que el particular afectado por un acto de esa especie, además de demandar su nulidad, solicite al Juez Contencioso Administrativo -en la misma demanda, tal como lo permite el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (ahora en el artículo 21, párrafo 18 de la LOTSJ)- que se imponga al ente dotado de “autoridad” la respectiva condena al pago de daños y perjuicios, tal como lo haría frente a un acto administrativo que cause daños (destacado nuestro y corchetes nuestros)⁵³.

Así, señala el citado autor,

[...] la atribución de competencias públicas a los entes no estatales, para que colaboren con el Estado en la realización de sus fines y emitan, consecuentemente “actos de autoridad”, no puede servir de mecanismo para desmejorar la garantía patrimonial de los particulares que quedan sometidos a la “autoridad” de dichos entes⁵⁴.

G. Por su inactividad

La universalidad o globalidad de la responsabilidad del Estado implica que el Estado responde por daños que le sean imputables, los cuales podrán ser causados tanto por su actividad, como por su inactividad. En efecto, así como el Estado-Administrador es responsable por su *actividad* tanto lícita como ilícita, su *inactividad* es también fuente de responsabilidad en tanto pueda causar daños a los particulares. Como ha señalado

52 *Vid.*, CHAVERO GAZDIK, Rafael, *Los Actos de Autoridad*. Cuadernos de la Cátedra Allan R. BREWER-CARÍAS de Derecho Administrativo, n° 8, UCAB, Editorial Jurídico Venezolana, Caracas, 1996, pp.105 y ss.

53 *Cfr.* DE GRAZIA SUÁREZ, Carmelo, “La Responsabilidad Extracontractual del Estado en el ordenamiento jurídico Venezolano Evolución jurisprudencial 1993-2003”, en *Jornadas XXVIII J.M. DOMINGUEZ ESCOVAR en homenaje al Dr. Eloy LARES MARTÍNEZ*, Barquisimeto, Venezuela, 2003.

54 *Idem.*

Ortíz-Alvarez, “*la actividad -o inactividad- de la Administración, puede causar daños a los particulares*” (énfasis añadido)⁵⁵ y de allí que nazca la obligación de indemnizar.

a. *Aproximación conceptual a la inactividad administrativa*

La inactividad administrativa ha sido tradicionalmente definida por la doctrina -Nieto- como la *ausencia de la actividad de la Administración*⁵⁶. De otro lado, Parejo Alfonso, se refiere la inactividad como la *omisión administrativa de la actividad legalmente debida*⁵⁷.

De modo que la inactividad administrativa, en un sentido lato, implica el incumplimiento de la Administración de *todas* sus obligaciones *jurídicamente debidas*, y no sólo la ausencia de aquellas obligaciones exigidas por Ley.

Ahora bien, la inactividad administrativa puede estudiarse desde dos ópticas diferentes, a saber como (i) inactividad formal y (ii) inactividad material:

La *inactividad formal* hace referencia a la omisión de la Administración de los deberes puramente formales que debe llevar a cabo. A. Nieto ha señalado que la “*la inactividad formal se refiere (...) a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento: es la simple no contestación a una petición de los particulares*”⁵⁸. Sin embargo, la ausencia de contestación o de emisión de un acto administrativo es sólo una de las formas en las cuales se manifiesta la inactividad formal, que no la única.

En todo caso, la doctrina venezolana ha equiparado el término de inactividad formal al del *silencio administrativo*⁵⁹, pero -reiteramos- éste no es sino una de las manifestaciones que puede asumir la inactividad formal, por cuanto ésta engloba a *todos los deberes formales* de la Administración. Así, se configurará la inactividad formal de la Administración, siempre que ésta incumpla alguno de los deberes que le corresponde realizar.

De otro lado, la *inactividad material*, implica la omisión o la falta material o física de toda actuación de dar o hacer por parte de la Administración. En ella se adminicula, evidentemente, la omisión de la función administrativa en el ejercicio de sus competencias.

En Venezuela, la inactividad material se ha equiparado con la *abstención* de la Administración, la cual ha sido desarrollada a través de la previsión contenida en el artículo 5, párrafo 1, numeral 26, de la nueva LOTSJ, el cual contempla el llamado recurso por abstención o carencia:

55 ORTÍZ-ALVAREZ, Luis, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 13.

56 NIETO, Alejandro, “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo” en *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 37, Madrid, 1962. Aut. cit., por UROSA MAGGI, Daniela, *La Tutela Judicial frente a la Inactividad de la Administración en el Derecho Español y Venezolano*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2003, p. 44.

57 PAREJO ALFONSO, Luciano, “La Garantía Jurisdiccional frente a la actividad administrativa: a propósito de los artículos 24 y 104 del Anteproyecto de Constitución” en *RAP*, nº 37, Madrid, 1977. Aut. cit., por UROSA MAGGI, Daniela, *ob. cit.*, p. 44.

58 NIETO, Alejandro, *Aut. cit.*, por ENTRENA CUESTA, Rafael, “Responsabilidad e Inactividad de la Administración: Notas para un intento de reelaboración” en *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón MARTÍN MATEO*, t. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1216.

59 La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos define el silencio administrativo negativo, de aplicación general, en su artículo 4, el cual señala que “*en los casos en que un órgano de la Administración Pública no resolviera un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario*”.

Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República: (...) 26. Conocer de la abstención o negativa del Presidente o Presidenta de la República, del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República y de los Ministros o Ministras del Ejecutivo Nacional, así como de las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional con autonomía funcional, financiera y administrativa y del Alcalde del Distrito Capital, a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las Leyes.

La jurisprudencia ha interpretado que la abstención de la Administración es la negativa a cumplir determinado acto “*del cual el supuesto hecho se encuentra previsto en una ley específica pero ante cuya ocurrencia real y concreta la autoridad administrativa se abstuvo de extraer la consecuencia jurídica que el imperativo legal impone*”⁶⁰.

Cabe aclarar, sin embargo, que la inactividad material *per se*, no se circunscribe únicamente a la abstención administrativa aquí descrita, por cuanto ésta puede abarcar -como mencionamos antes- la omisión de cualesquiera de las actuaciones materiales de la Administración.

b. Aplicación del sistema de responsabilidad a los casos de inactividad

La nota característica de la doctrina moderna sobre la responsabilidad del Estado es su carácter *objetivo*. Esa objetividad implicaría, en todo caso, la declaración de la responsabilidad de la Administración por los daños causados a los particulares, con independencia de que estos se causen por acción u omisión, siempre que se verifique el daño y que exista una relación de causalidad que lo haga imputable a la Administración.

No obstante, un sector de la doctrina -Gómez Puente- ha observado que en lo referente a la inactividad o pasividad de la Administración “*no es admisible la nota de objetividad que, con carácter general se predica de la responsabilidad administrativa*”⁶¹. Señala este autor que la responsabilidad por omisión, debe *limitarse* a los supuestos antijurídicos de inactividad, esto es, a los casos en los cuales la omisión de actuar sea antijurídica, por cuanto la Administración tenía en esos supuestos, la obligación de actuar.

La precedente opinión, manifestada como reacción a la expansiva -y en algunos casos hipertrófica- aplicación de la doctrina objetivista en la responsabilidad del Estado, debe ser matizada y examinada a la luz de los principios expuestos por Entrena Cuesta, para determinar la responsabilidad de la Administración por inactividad. Estos principios se resumen en los siguientes:

No resulta estrictamente necesaria la pasividad para la declaración de responsabilidad: en el sentido en que la responsabilidad por inactividad se configura, en el Derecho Administrativo, por (i) la no verificación de una determinada conducta, que implica (ii) la infracción de una norma preceptiva que obliga a actuar a la Administración. La responsabilidad por inactividad podrá darse bien ante supuestos de omisión pura, es decir, cuando hay pasividad por parte de la Administración, o bien cuando se realice una conducta que sea distinta a la prevista en la norma.

La responsabilidad por inactividad se produce por infracción de una norma preceptiva: así, la responsabilidad de la Administración se verificará (i) en el caso de la inactividad formal, por la violación de una norma que le imponga la obligación de dictar una resolución en el plazo contemplado; o (ii) en el caso de la inactividad material, por infringir una norma que impone una posición de garante a la Administración.

En la inactividad material se requiere, además de la posición de garante de la Administración, la producción efectiva de un resultado lesivo, así como la posibilidad de evitar ese resultado por medio de la conducta omitida.

60 Sentencia de la Sala Político Administrativa del 28 de febrero de 1985. Caso *Eusebio Igor VIZCAYA PAZ*.

61 *Aut. cit.*, por ENTRENA CUESTA, Rafael, *ob. cit.*, p. 1220.

En la relación de causalidad en la inactividad material no se deberá demostrar la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, es decir, entre la ausencia de actuación y el daño causado. En cambio, sí se deberá demostrar que la actuación omitida por la Administración hubiera podido evitar los resultados causados.

Los principios aquí expuestos podrán aplicarse tanto a la responsabilidad por inactividad formal como a la inactividad material. Sin embargo, debemos hacer ciertas consideraciones en torno a estos distintos tipos de inactividad:

(i) *En cuanto a la inactividad formal*, la obligación de indemnizar al particular, al cual se le ha causado un daño cierto y real como consecuencia de la infracción a la norma preceptiva por parte de la Administración, podría derivar bien de la omisión absoluta de dictar resolución, bien de una resolución tardía por parte de la Administración. En todo caso, se deberán llenar los extremos de causalidad contemplados para la procedencia de la responsabilidad del Estado.

(ii) *En cuanto a la inactividad material*, como apuntamos anteriormente, para que sea procedente la indemnización por inactividad material, no sólo se deberá demostrar, en primer lugar, la posición de garante de la Administración (a través de las funciones de seguridad y vigilancia, propias de la Administración), sino que se deberá evidenciar que de haber actuado la Administración, se hubiese podido evitar o al menos paliar el resultado dañoso.

En Venezuela, se ha declarado la *responsabilidad de la Administración* por daños producidos a un particular ante un supuesto de omisión de actuación por parte de la Administración. Así, por medio de sentencia de fecha 21 de abril de 1999, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia señaló lo siguiente:

El ordinal 23° del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia [ahora el artículo 5, párrafo 1, numeral 26 de la LOTSJ] consagra la acción por abstención o carencia atribuyendo la competencia para su conocimiento a esta Sala Político-Administrativa cuando la omisión sea de un funcionario nacional. La referida acción se dirige a lograr una actuación que la Administración ha omitido, actuación a la cual está obligada por expreso mandato legal. [...]

Ahora bien, es necesario destacar que el incumplimiento de una Administración de una obligación legal de actuación específica tal que un sujeto de derecho posea un derecho subjetivo administrativo a dicha actuación, *puede producir daños al sujeto a favor de quien la norma concreta estipulaba la realización de la conducta omitida. Los daños aludidos pueden haberse producido por tanto por retardo de la obligación específica y concreta de actuar, como por su incumplimiento y en ambos casos los daños producidos en forma directa e inmediata por la omisión de la Administración de realizar una conducta específica, deben ser indemnizados. En este sentido el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece la facultad del juez contencioso administrativo para “(...) condenar el pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración (...)”, responsabilidad que puede darse tanto por actuaciones como por omisiones. [...] En consecuencia, sólo será procedente el pago de daños y perjuicios ocasionados por abstenciones de la Administración cuando dichos daños sean la consecuencia inmediata y necesaria de la inactividad de la Administración, en cuyo caso, dichos daños serán requeridos por el sujeto como una pretensión de condena y no como una acción diferenciada de la original (énfasis y corchetes añadidos).⁶²*

Observamos que en la precedente decisión, se admite la responsabilidad del Estado por inactividad de la Administración tanto por (i) retardo en la actuación, como (ii) por incumplimiento de una norma preceptiva. Asimismo, se señala que debe existir una rela-

62 Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 21 de abril de 1999. Caso *Luis Manuel LEAÑEZ LUGO*.

ción de causal (*inmediata y necesaria*) entre la omisión y el daño causado. A nuestro parecer y en un todo conforme a lo antes expuesto, tal relación podrá ser evidenciada a través de la demostración de que la actuación omitida hubiese podido evitar los daños causados.

Se precisa en esa decisión el ámbito de aplicación -por demás limitativo- del recurso por abstención o carencia, el cual:

[...] se dirige a obtener la actuación de la administración inactiva, cuando ésta se encuentra en el supuesto de hecho concreto y específico de una normal legal que le ordena tal actuación. Los requisitos antes mencionados (lo concreto y específico) originan, a su vez, la necesidad de que el sujeto reclamante sea afectado en sus derechos subjetivos de manera particularizada y específica, lo que constituye además, un requisito indispensable para la procedencia de la acción. (énfasis añadido).

Esperemos que en Venezuela, donde esta doctrina de responsabilidad por inactividad encuentra muy escasa aplicación, se incorporen y apliquen los principios aquí señalados a los fines de ampliar el sistema de garantías de los administrados.

2. Responsabilidad del Estado juez

La responsabilidad patrimonial del Estado incluye, además de la responsabilidad de la Administración, la responsabilidad derivada de la actuación de los órganos judiciales.

A. Fundamento Constitucional

La Constitución de 1999 establece en sus artículos 49, ordinal 8° y 255, la responsabilidad objetiva y directa del Estado por el funcionamiento anormal de la administración de justicia en los siguientes términos:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, en consecuencia: (...)

8° Toda persona podrá 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, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Artículo 255. [...] Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Las normas precedentes se ven reforzadas por la Exposición de Motivos, conforme a la cual el Estado responde patrimonialmente, por los daños causados por todo tipo de autoridades públicas: administrativas, legislativas y judiciales.

Así, la Constitución establece, de manera clara y expresa, la responsabilidad directa del Estado⁶³ “*Toda persona podrá solicitar del Estado...*” por el funcionamiento anor-

63 Se trata, sin duda, de una responsabilidad directa desde que el Estado siempre será responsable de los daños causados por sus órganos jurisdiccionales independientemente de que los mismos deriven de una falta del servicio de justicia propiamente dicha o de una falta personal de los jueces llamados a prestar ese servicio, pues ésta, en

mal del Poder Judicial, concepto éste que comprende: (i) el error judicial y (ii) la omisión o el retardo injustificado, como causas que dan origen a la responsabilidad del Estado por los actos u omisiones de su Poder Judicial, que es, en definitiva, quien ejerce el monopolio de la función jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada. La responsabilidad del Estado en este sentido se puede verificar en cualquier tipo de proceso, sea éste penal, laboral, civil, mercantil, contencioso-administrativo y sobre cualquier tipo de decisión, autos o sentencias tanto definitivas como interlocutorias.

Y es que el Estado, en el ejercicio de las actividades jurisdiccionales que le son propias, puede causar daños directos a los particulares, los cuales generan su responsabilidad. Así, la responsabilidad del Estado Juez implica la obligación de resarcir a esos particulares afectados por los daños generados por el Estado en el ejercicio de actividades judiciales. A. Gordillo sostiene que de acuerdo con la división de funciones estatales, no cualquier acto o hecho del Poder Judicial comportará la responsabilidad judicial, sino que también puede existir responsabilidad *administrativa* por actos o hechos realizados por este Poder en específico. Así, la denominada responsabilidad judicial, sólo existe como tal en la medida en que emerge de actos judiciales típicos; los daños que un órgano judicial realice en cumplimiento de funciones de tipo administrativo, darán a lugar a la responsabilidad administrativa y no judicial.⁶⁴

La responsabilidad del Estado Juez se ha entendido *-opinión que compartimos-*, como una garantía

[...] para que la Administración de justicia vaya por el camino correcto. Si el Estado es responsable porque sus jueces hacen mal las cosas, cuidará en el futuro que el funcionamiento se haga de mejor manera. Si hacen responsable al Estado por su mala actuación en el campo judicial, éste con posterioridad escogerá de mejor manera a sus funcionarios judiciales [...]. Asimismo, los jueces o magistrados al saberse objeto de una responsabilidad personal por acciones contra ellos del propio Estado, velarán por la correcta interpretación del derecho o por una cierta verificación de los hechos. En definitiva, la responsabilidad se convierte en un mecanismo de control y presión para que la Administración de justicia sea mucho más eficiente [...]⁶⁵.

En nuestro país, señala José J. Ferro Guzmán,

[...] la responsabilidad personal de los jueces en términos civiles, penales y disciplinarios, propia de la primera fase, estaba regulada a nivel legislativo, aún cuando su aplicación práctica (especialmente civil y penal) es muy excepcional por no decir inexistente. Hoy por hoy, el tratamiento de la responsabilidad judicial se ha constitucionalizado y ha derivado en la responsabilidad directa y objetiva del Estado, el cual, con todo, tiene la acción de repetición contra el funcionario judicial causante de la falta y en la cual sin necesidad de que sea declarada la culpabilidad del Juzgador, desde una perspectiva objetiva, debe entenderse que es el ‘servicio público de justicia’ el que ha cometido el daño (entendiendo como tal aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar) funcionando anormalmente, anormalidad que puede ser resultado de todo tipo de violación a las obligaciones del Poder Judicial [...]⁶⁶.

definitiva, frente a la posición del afectado, se traduce en una mera falta del servicio que puede ser recurrida directamente contra el Estado o contra el funcionario involucrado si así lo prefiere, sin perjuicio del derecho de aquel de repetir lo pagado contra el causante del daño .

64 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Editorial Funeda, Caracas, 2001, pp. 3-6.

65 ROJAS PÉREZ, Manuel, “La Responsabilidad del Estado juez en Venezuela”, *Separata de Revista de Derecho* n° 15, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas-Venezuela 2005, p. 124.

66 FERRO GUZMÁN, José J., “Responsabilidad del Estado por el Funcionamiento de la Administración de Justicia (Responsabilidad del Estado Juez)”. Artículo publicado en *Revista de Derecho Administrativo* n° 19, Editorial Sherwood, Caracas, Venezuela, Julio-Diciembre 2004.

Por su parte, la Sala Político-Administrativa ha reconocido la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional al señalar:

[...] en lo que respecta a la actividad jurisdiccional, -que (...) la Responsabilidad del Estado es perfectamente admisible y de hecho ello es una posibilidad y exigencia de fuerza constitucional-, bien que ciertamente la particularidad de la actividad en juego trae consigo ciertas limitaciones aceptables y necesarias tales como, por un lado, la utilización de niveles altos de anormalidad funcional -esto es, dada la dificultad de la función jurisdiccional, exigiéndose la falta grave- y, por otro lado, la exclusión de responsabilidad en relación al contenido de las sentencias definitivas...”, y que tal determinación en el campo de la responsabilidad, “...se dirige fundamentalmente al caso de las sentencias erróneas o errores judiciales [...].

Comparte esta Sala el criterio de la conexidad de los supuestos antes mencionados con la idea de la Responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal (del servicio de la Administración de justicia), aún cuando considera menester incluir un “no” menos importante supuesto al caso del funcionamiento anormal del Poder Judicial, referido al ilícito de la “denegación de justicia”, que bien puede configurar la abstención del juez a emitir un pronunciamiento en la etapa cognitiva, así como también en el incumplimiento de ejecutar la decisión judicial que acordó un derecho a la parte en el juicio a que diera lugar.

Así pues, con la existencia de estos tres supuestos y las diversas manifestaciones de cada uno de ellos en las diversas materias, se puede establecer la Responsabilidad del Estado Juez, partiendo de la noción de que la justicia es por demás un servicio público cuya prestación está garantizada plenamente en la Constitución de la República, y como tal, debe cumplir con las características inherentes a su funcionalidad, so pena de incurrir en falta grave por la anormalidad en su funcionamiento⁶⁷.

En sentido similar se ha pronunciado también la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pues luego de declarar inadmisibile una acción de amparo por estimar que había perdido todo objeto dada la irreparabilidad de la situación jurídica infringida -en el caso en cuestión el accionante había sido condenado a cumplir una pena de prisión de seis años y para el momento en que la Corte se pronunció sobre la admisibilidad de la misma, dicha pena había transcurrido íntegramente- señaló:

[...] esta Corte considera conveniente aclarar que, en este caso no queda a salvo la responsabilidad del Estado por retardo judicial injustificado, según lo dispuesto en el tercer párrafo de] artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagra lo siguiente:

Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determina la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Como es evidente de la disposición transcrita, el ciudadano cuenta ahora con una clara protección constitucional contra el retardo judicial, el cual hace nugatorio el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 26 de la Carta Magna. Este retardo es particularmente grave cuando se trata de procesos que se supone deben ser breves, en los que se ventilan pretensiones de amparo a los derechos y garantías constitucionales, dado el carácter de derecho fundamental que el amparo posee según el artículo 27 de la Constitución vigente y poseía según el 49 de la derogada de 1961.

67 Sentencia de la Sala Político Administrativa del 18 de julio de 2000. Caso *CANTV*.

Esta Corte, tal como está conformada en la actualidad, se resiste a creer que fue materialmente imposible pronunciarse sobre la admisión de la pretensión de amparo a que se refiere la presente causa, en prácticamente ocho años transcurridos desde que la pretensión fue ejercida ante este órgano jurisdiccional. La responsabilidad del Estado juez y la personal de los Jueces, por el perjuicio causado por el mencionado retardo no quedan a salvo, se insiste, no obstante el dispositivo del presente fallo, y así se declara [...]⁶⁸.

B. Supuestos de procedencia

La Doctrina -Parejo, Jiménez Blanco y Ortega- considera como supuestos de procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional, los siguientes⁶⁹:

- a. La existencia de una lesión que derive de la actividad judicial, bien (i) por el ejercicio de la potestad jurisdiccional -juzgar y ejecutar- o (ii) por medio de una actividad judicial que no consista en el ejercicio de esa potestad.
- b. La existencia de un daño efectivo, es decir, un daño actual y no meramente potencial o posible.
- c. Que el daño sea susceptible de ser valorado económicamente.
- d. Que el daño sea individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- e. Que exista una relación de causalidad, es decir, una relación directa, entre el daño causado y la actuación judicial.
- f. Que el daño derive del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (*i.e.* error judicial o retardo injustificado u omisión).

C. Responsabilidad del Estado por la privación judicial de libertad

El Código Orgánico Procesal Penal (COPP)⁷⁰ establece la responsabilidad directa del Estado en aquellos casos de privación judicial de libertad posteriormente revocada. En este sentido, el Código distingue dos situaciones diferentes, atendiendo al momento en el cual se hubiere producido la privación de libertad, a saber:

a. *Revisión de sentencias definitivamente firmes*

En Venezuela procederá la responsabilidad del Estado si la privación de libertad se produce por medio de una sentencia definitivamente firme, que sea ulteriormente anulada en virtud del recurso extraordinario de revisión, cuyas causales se encuentran previstas en el artículo 470 del referido Código, y son las siguientes:

1°. Cuando en virtud de sentencias contradictorias estén sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito que no pudo ser cometido más que por una sola;

2°. Cuando la sentencia dio por probado el homicidio de una persona cuya existencia posterior a la época de su presunta muerte resulte demostrada plenamente;

68 Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 1 de junio de 2000. Caso *Ashlye ALONZO A. vs. La República*.

69 PAREJO ALFONSO, Jiménez Blanco, *et al.*, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, Ariel, Madrid, 1994, pp. 681-703.

70 *Gaceta Oficial* n° 5.558 Extraordinario del 14 de noviembre de 2001.

3°. Cuando la prueba en que se basó la condena resulta falsa;

4°. Cuando con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurra o se descubra algún hecho o aparezca un documento desconocido durante el proceso, que sean de tal naturaleza que hagan evidente que el hecho no existió o que el imputado no lo cometió;

5°. Cuando la sentencia condenatoria fue pronunciada a como consecuencia de prevaricación o corrupción de uno o más jueces que la hayan dictado, cuya existencia sea declarada en sentencia firme;

6°. Cuando se promulgue una ley penal que quite al hecho el carácter de punible o disminuya la pena establecida.

Así, en todos los casos anteriormente señalados es posible que se anule una sentencia definitivamente firme a través del extraordinario recurso de revisión⁷¹.

De conformidad con el artículo 474 del Código Orgánico Procesal Penal la competencia para ejercer este recurso de revisión, corresponde: (i) en el caso del ordinal 1° de ese artículo 463, a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia; (ii) en los casos de los ordinales 2°, 3° y 6°, a la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se cometió el hecho punible; y (iii) en los casos de los ordinales 4° y 5°, la juez del lugar donde se perpetró el hecho.

En relación a la indemnización, el artículo 275 *ejusdem* prevé que “cuando a causa de la revisión de la sentencia el condenado sea absuelto, **será indemnizado en razón del tiempo de privación de libertad**” (énfasis añadido). Por ello, la responsabilidad del Estado en estos casos es automática, salvo que la revisión sea consecuencia del supuesto previsto en el ordinal 6° del artículo 470, antes transcrito, en cuyo caso no habrá derecho a obtener reparación alguna.⁷²

Cabe insistir que en estos casos la responsabilidad del Estado es de carácter automático, es decir que *no será necesario el juicio autónomo* para establecer dicha responsabilidad, antes por el contrario, el mismo Tribunal que declare con lugar la revisión de la sentencia que origina indemnización “*fijará su importe computando un día de pena o medida de seguridad por un día de salario base de Juez de primera instancia*” (artículo 276 *ejusdem*). Únicamente habrá necesidad de instaurar una demanda autónoma cuando se pretenda una indemnización mayor.

b. *Revocatoria de sentencias que no hayan adquirido firmeza, a través de los recursos ordinarios*

El segundo supuesto trata de casos en los cuales el procesado ha sufrido privación de libertad en virtud de una sentencia que no ha adquirido firmeza. En tales situaciones, habrá lugar a indemnización por el tiempo de privación de libertad siguiendo las mismas reglas anteriormente explicadas. Así, de conformidad con el artículo 277 del Código Orgánico Procesal Penal, dicha indemnización será procedente cuando el imputado ha sufrido de privación de libertad durante el proceso y se declare judicialmente (i) que el hecho no existe; (ii) que el hecho no reviste carácter penal; o (iii) que no se comprobó la participación del imputado.

⁷¹ Vid. sobre ello DE GRAZIA SUÁREZ, *ob. cit.*

⁷² Así lo establece el artículo 279 del Código Orgánico Procesal Penal, al señalar que “*la promulgación de una ley posterior más benigna no dará lugar a la indemnización aquí regulada*”.

En este supuesto, tal y como señala el artículo 278 *ejusdem*, “*El Estado (...) está obligado al pago, sin perjuicio de su derecho a repetir en el caso en que el juez hubiere incurrido en delito*”.

c. Posición de la jurisprudencia venezolana

Es de hacer notar que si bien el tema de la responsabilidad del Estado por la privación judicial de libertad ha sido consagrado expresamente en el nuevo COPP, esta noción no es del todo novedosa.

En efecto, ya para el año 1980 -y durante la vigencia de la Constitución de 1961- la antigua Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre un caso en el cual aplicó, para la determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado, la normativa prevista en el Código Civil.

En efecto, en la decisión de la Sala Político Administrativa sobre el caso *Luis Omar Alarcón*, del 16 de junio de 1980, en el cual el accionante demandó a la Nación Venezolana por daños materiales y morales, como consecuencia de un auto de detención que ordenó la prisión preventiva del imputado, que fue posteriormente revocado en sentencia definitiva, la Sala aplicó los criterios de responsabilidad contenidos en el artículo 1.185 del Código Civil, que regula la obligación de reparar el daño por hecho ilícito.

Así, la Sala determinó la procedencia de la responsabilidad del Estado aplicando, en primer lugar, un criterio subjetivo, es decir, si el presunto responsable del daño había actuado intencionalmente (con imprudencia o negligencia) de conformidad con el precitado artículo 1.185 del CC. Además, la Sala aplicó el entonces vigente Código de Enjuiciamiento Criminal.

En ese sentido, la Sala desconoció la procedencia de responsabilidad del Estado por la privación judicial de libertad del particular por no encontrar en el caso concreto la existencia de “...*elementos de convicción que comprueben haberse cometido ningún hecho ilícito imputable a la República y que engendre contra ella, por tanto, la obligación de reparar daños materiales que de ello puedan derivarse*”.

De allí que la Sala consideró que en ese caso,

[...] de acuerdo con las normas de nuestro Código de Enjuiciamiento Criminal, y los principios doctrinarios que sobre la materia prevalecen en nuestros Tribunales, la facultad de dictar autos de detención con base en pruebas indiciarias (...) es inherente a la función instructora; y por tanto, *la privación de la libertad que pueda sufrir un ciudadano a consecuencia de un auto de detención dictado contra él, aun en el caso de que el mismo sea revocado, no puede engendrar responsabilidad alguna para la República*⁷³.

No obstante, durante la vigencia de la Constitución de 1999, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, reconoció la procedencia de la responsabilidad del Estado en el caso *Alí Quiñónez vs República de Venezuela*, en el cual el accionante solicitó indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de una orden de arresto por medio de la cual fue detenido por ocho días, como consecuencia de un decreto emitido por un juzgado de primera instancia, que luego fue declarado nulo por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en virtud de que la sanción aplicada carecía de sustentación legal.

Así, la Corte señaló lo siguiente:

73 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 16 de junio de 1980.

Considera esta Corte, que la consagratoria constitucional de un sistema de responsabilidad patrimonial de la administración es un reflejo claro de la trascendencia de dicho principio como uno de los elementos de un verdadero y moderno estado de derecho y de justicia, en el que la administración a pesar de su prerrogativas y privilegios puede ser condenada a resarcir por vía indemnizatoria los daños causados a los particulares por cualquiera de sus actividades.

El artículo 47 de la derogada Constitución de 1961 se refería a la responsabilidad administrativa por los daños y perjuicios causados por autoridades legítimas en el ejercicio de sus funciones, lo cual verificó un cambio importante con el artículo 140 de la Constitución de 1999, pues se objetivizó el régimen de responsabilidad al establecerse que la administración será responsable por daños cuando “(...) la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”, siendo lo fundamental para determinar la responsabilidad patrimonial de la administración el concepto objetivo de daño o lesión antijurídica producida por cualquier actividad, lícita o ilícita, por funcionamiento normal o anormal de las actividades de la administración, que no tiene que ser soportada por los particulares.

En tal sentido, resulta vinculante para los órganos de la administración de justicia, la declaratoria de la responsabilidad de la administración y la consiguiente condenatoria al pago de sumas de dinero en los casos en que sea procedente, de acuerdo a la interpretación integral y concatenada de los precedentemente citados artículos 47, 206 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, 140 y 259 del nuevo texto constitucional [...]

Consta en autos, que el Decreto n° 61 a través del cual se ordenó la detención del ciudadano (...) y que fue declarado nulo por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por carecer de base legal, lo cual deja claro que el demandante fue víctima de una medida ilegal y arbitraria que lo privó de su libertad sin que existiera supuesto legal que justificara tal medida.

[...] En tal sentido, la sentencia que declaró con lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad (...) estableció que cuando los jueces ejercen potestades disciplinarias realizan actividad administrativa, por lo que, de declararse en el presente caso la responsabilidad patrimonial de la administración, sería en virtud de los hechos dañosos originados por la actividad administrativa ejercida por un juez y no en virtud de la actividad judicial como tal, sin embargo, debe aclararse que en aquellos casos en que se causen daños por mal funcionamiento del sistema de justicia en funciones judiciales (Estado-Juez), también existe la posibilidad de obligar al Estado al pago de indemnizaciones.

Esta Corte observa, que aunque el decreto n° 61 fue anulado y por ende eliminado de la esfera jurídica, éste surtió efectos, pues el ciudadano... permaneció arrestado por ocho días, en consecuencia de lo cual se causaron daños por la actuación irregular de la administración, lo que configura responsabilidad objetiva por mal funcionamiento de la Administración [...]

Observa esta Corte, que en el caso “Sub examine”, se presentan los requisitos cuya concurrencia es requerida por el artículo 47 de la Constitución de la República de Venezuela, vigente para el momento en que ocurrieron los hechos, para que proceda la indemnización solicitada, ya que los daños alegados por el demandante fueron causados por una autoridad legítima en el ejercicio de su función pública,... era el Juez Titular..., y además se evidencia que el Decreto n°..., que ordenó la privación de libertad del ciudadano..., fue dictado por el mencionado funcionario en ejercicio de su función pública [...]

De acuerdo a lo anterior, esta Corte declara, que es procedente ordenar a la República el pago de una indemnización al ciudadano... que fue víctima de un acto dictado y ejecutado por una autoridad legítima de un acto dañoso dictado y ejecutado por una autoridad legítima de la República, en este caso un juez, en ejercicio de sus funciones. [...]

En tal sentido, esta Corte observa, que mediante la simple utilización de una máxima de experiencia, puede concluirse que una sanción de privación de libertad personal impuesta arbitraria e ilegalmente produce una lesión integral en el patrimonio moral de cualquier sujeto. [...]

En virtud de las anteriores consideraciones, esta Corte declara, que es procedente la indemnización (...) que por concepto de daño moral solicitó el ciudadano..., como consecuencia de la ilegal y arbitraria medida de privación de libertad de la que fue objeto, por lo cual se condena a la República de Venezuela órgano del Consejo de la Judicatura, actualmente Comisión de Emergencia Judicial al pago (...) (énfasis añadido)⁷⁴.

De esa manera, la Corte Primera reconoció, en ese caso concreto, la procedencia de la responsabilidad del Estado y la consecuente indemnización por una medida de privación de libertad que fue posteriormente revocada por no tener base legal.

Posteriormente, la Sala Constitucional⁷⁵ estableció los criterios conforme a los cuales procederá la responsabilidad del Estado por sus actos jurisdiccionales en caso de privación judicial de libertad. En esa decisión, la Sala se pronunció sobre una demanda interpuesta por responsabilidad del Estado-Juez, en un proceso penal en el cual se dictó una medida privativa de libertad a un particular, sin que luego se haya logrado determinar la comisión de un delito.

La Sala, determinó que los criterios de procedencia de la responsabilidad del Estado, en ese supuesto, se rigen por lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP). Así, la Sala sostuvo que para que sea procedente la solicitud de indemnización por responsabilidad del Estado:

- (i) Resulta indispensable que medie una sentencia dictada en el marco de un recurso de revisión, que declare la absolución del condenado;
- (ii) Es necesario que mediante decisión judicial se determine que el reclamante fue privado de su libertad por un hecho que no existe, no reviste carácter penal o no se comprobó su participación en el mismo;
- (iii) La competencia para conocer del recurso de revisión corresponde a la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal; a la Corte de Apelaciones o al juez del lugar donde se perpetró el hecho, según sea el caso;
- (iv) La indemnización a que haya lugar, le corresponde fijarla al órgano jurisdiccional que conoció del recurso de revisión;
- (v) La sentencia que declara el sobreseimiento de la causa no se encuentra incluida entre aquellas que pueden ser objeto de revisión; y
- (vi) Los supuestos en que no sea procedente la interposición del recurso de revisión a que se refiere el COPP, la correspondiente solicitud de indemnización se regirá bajo los mismos principios reguladores del derecho común, a través del denominado hecho ilícito.

D. Responsabilidad por faltas en la administración de justicia

Además de los supuestos antes mencionados, la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional puede generarse bien por (i) error judicial o (ii) por omisión injustificada en la labor de impartir justicia (*i.e.* denegación o retardo injustificado).

⁷⁴ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del 9 de junio de 2000. Caso *Alí QUIÑONES*.

⁷⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 20 de mayo de 2004. Caso *Carlos ESPINOZA CHIRINO*.

a. *El error judicial*

El error judicial constituye la principal causa generadora de la responsabilidad del Estado Juez y es que en ejercicio de la facultad de juzgar, el juez no está exento de incurrir en falsas apreciaciones de derecho o de hecho generadoras de responsabilidad.

El error judicial es, en definitiva, una alteración de la realidad fáctica o jurídica que le ha sido planteada, hecha por el juez en la sentencia, bien por incurrir en una errónea apreciación de los hechos, en su adecuación a los supuestos legales, previstos en el ordenamiento jurídico, bien en la aplicación de las normas legales.

De allí que, dependiendo de las circunstancias en las que se verifique el error judicial, éste será de hecho (error en la apreciación de la realidad fáctica) o de derecho (error en la aplicación de la Ley). No obstante, esta distinción ha originado discusión en la doctrina en torno a cuál de estos errores es capaz de generar la responsabilidad del Estado.

Así, se sostiene que el error de derecho, derivado de la equívoca aplicación o interpretación de la Ley no puede dar origen a la responsabilidad del Estado, desde que éste puede ser subsanado a través de los mecanismos recursivos previstos en la Ley, siendo en consecuencia el error judicial de hecho el único capaz de hacer responsable al Estado.

Sin embargo, como bien lo señala Tawil, esta distinción carece de relevancia, pues a pesar del sistema recursivo, el error de derecho puede verificarse incluso en la decisión definitiva adoptada en segunda instancia por el tribunal de alzada. Aunado a ello el autor sostiene que:

[...] el error de hecho por sí solo jamás será determinante de responsabilidad, ya que cualquiera que sea el vicio determinante de la resolución, el error judicial no estará en los hechos o en las pruebas en sí mismos considerados, sino en el modo de subsumir a éstos en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación en cada caso resulte obligada. En consecuencia, será en el encuadramiento jurídico de los hechos donde se presentará, en general, el error judicial.⁷⁶

De esta forma, -Tawil citando a Reyes Monterreal- indica que el error judicial capaz de generar la responsabilidad del Estado se producirá cuando *'del contexto de la sentencia, de la realidad de los hechos y sus circunstancias y de la apreciación de la prueba, por una parte y, por la otra, de la confrontación entre la solicitud dada y la que jurídicamente convenía al caso, resulte manifiesta la materialidad de la equivocación'*.⁷⁷

Pero el error judicial que genera responsabilidad debe ser grave, inaceptable e inexcusable. Siguiendo el esquema planteado por el prenombrado autor, las notas características del error judicial capaz de generar la responsabilidad del Estado han sido estudiadas en la doctrina desde dos posturas, a saber: a) Una primera posición que otorga relevancia a la causa de la decisión jurídica errónea, conforme a la cual el error existirá cuando por dolo, negligencia o errónea apreciación de los hechos, el juez dicta una decisión injusta no acorde con la realidad; b) Una segunda posición que visualiza el error judicial como resultado equívoco no ajustado a la Ley, bien por derivar de una incorrecta aplicación del derecho o de una errónea apreciación fáctica. Así, bastará cotejar la solución adoptada con la que exclusivamente procede en el caso enjuiciado, para determinar si, en efecto, existe error judicial⁷⁸.

En este sentido, el maestro Marienhoff señala que:

76 TAWIL, Guido Santiago, *ob. cit.*, p. 58.

77 *Ibidem*, p. 59.

78 *Ibidem*, p. 61.

[...] en el ámbito penal, la responsabilidad del Estado por sus actos judiciales, y su correlativo deber de indemnizar al agraviado, nace en el supuesto específico de ‘error judicial’, o sea cuando alguien fue definitivamente condenado, sufrió prisión y más adelante, se advirtió la tragedia de haber condenado a un inocente, quien recién entonces es liberado o a quien recién entonces se le reconoce la corrección de su conducta, rehabilitándolo moralmente [...]’⁷⁹.

a’. *Requisitos de procedencia*

Para que la reclamación de responsabilidad del estado por error judicial sea procedente, será necesaria la verificación de tres requisitos, a saber:

- la existencia efectiva de un error judicial, el cual deberá ser inexcusable, esto es, revestido de una gravedad tal que comporte una mal funcionamiento del servicio de justicia dentro de los estándares establecidos en cada ordenamiento.

En ese sentido se consideran errores esenciales ‘*aquellos que manifiesten una contradicción abierta, palmaria o inequívoca entre la realidad acreditada en el proceso y las conclusiones que el juzgador obtiene respecto a dicha realidad [...] no comprende por tanto, el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico*’;

- la existencia de un daño material o moral causado por dicho error, el cual sea susceptible de valoración económica.

- la relación de causalidad entre el error y el daño.⁸⁰

b’. *Clasificación doctrinaria del error*

J. Tornos Mas distingue al error judicial en *error en sentido estricto*, el cual se refiere al error de hecho cometido en el proceso penal (vgr. ante un recurso de revisión penal); y *error en sentido amplio*, el cual se refiere al error tanto de hecho como de derecho, que no se limita al error en el contenido de la sentencia, sino que puede afectar también a otras resoluciones, autos o providencias.⁸¹

Tawil, por su parte, distingue entre el error judicial y error de hecho, al afirmar que:

[...]el Error de hecho por sí sólo jamás será determinante de responsabilidad, ya que cualquiera que sea el vicio determinante de la resolución, el error judicial no estará en los hechos o en las pruebas en mismos considerados, sino en el modo de subsumir a éstos en el ordenamiento jurídico cuya aplicación en cada caso resulte obligada. [...] El error judicial capaz de acarrear la responsabilidad del Estado se producirá, por el contrario, cuando “del contexto de la sentencia, de la realidad de los hechos y sus circunstancias y de la apreciación de la prueba, y por otra, de la confrontación entre la solución dada y la que jurídicamente convenía al caso, resulte manifiesta la materialidad de la equivocación”.⁸²

79 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, Tercera Edición Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 76.

80 *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Tercera de lo Social, de fecha 25 de abril de 1991 citada por TORREALBA, José G., “La responsabilidad del Estado por el Mal funcionamiento de la Administración de Justicia” en *Revista de Derecho Administrativo* N° 8, Editorial Sherwood, p. 214.

81 TORNOS MAS, Joaquín, “La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia” en *Estudios sobre el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, Barcelona, 1985, p. 9.

82 TAWIL, Guido Santiago, *ob. cit.*, pp.58-59.

c'. *Teorías que fundamentan la responsabilidad por error judicial*

Tradicionalmente, la responsabilidad del Estado por error judicial ha sido fundamentada en distintas teorías doctrinarias. El autor Manuel María Diez comenta estas teorías, haciendo las críticas pertinentes a cada una de ellas, destacando las siguientes:

- *Teoría de la relación contractual*: Basada en la construcción de Rousseau del contrato social, en el cual el individuo renuncia a favor del Estado a su derecho de hacer justicia por su propia mano, por lo que el Estado contrae la obligación de administrar justicia. Así, cuando ocurre el error judicial, existe una violación a ese contrato social, que debe ser indemnizada. Diez sostiene la inaplicabilidad de esta teoría, por cuanto no puede hablarse de la existencia de un contrato social de contenido perfectamente establecido que obligue jurídicamente a las partes.

- *Teoría del enriquecimiento sin causa*: La cual se basa en los mismos postulados que la rigen en el Derecho Civil. El autor sostiene que mal podría considerarse que el Estado recibe algún beneficio o evita un perjuicio por la comisión de un error judicial.

- *Teoría de la responsabilidad extracontractual*: Fundamenta la responsabilidad del Estado en el hecho ilícito cometido al juzgar erróneamente. Diez critica las deficiencias de esta teoría, señalando que la misma deja sin solución todos aquellos casos en los cuales la equivocación no puede ser atribuida a la malicia o negligencia de los jueces u otros funcionarios oficiales. Según esta teoría, el error debe ser limitado en el mismo modo en que lo es la falta en que incurren los particulares en el Derecho Privado, lo que según el autor, conduce a las siguientes consecuencias jurídicas: (i) el demandante debe probar la falta; (ii) la responsabilidad del Estado desaparece cuando el error ha sido ocasionado por caso fortuito, fuerza mayor o del hecho de un tercero.

- *Teoría del riesgo profesional*: En esta teoría no cuenta la intención del agente, sino el hecho de que éste ejerce una actividad que por sí sola acarrea peligro. Por tanto, la responsabilidad del Estado tendrá un carácter de seguro contra el riesgo profesional de la administración de justicia.

- *Teoría de la obligación moral*: Niega el carácter jurídico de la indemnización por error, característica del deber jurídico y afirma la obligación moral de la reparación. El autor sostiene que esto obliga a restarle eficacia y destaca que el fundamento moral es inherente a las demás teorías, pues se trata de la indemnización de daños causados por una injusticia.

- *Teoría del sacrificio particular*: el autor señala que se da cuando un particular, por efectos del error judicial, se encuentra en una situación especial en relación a los demás particulares y sufre efectivamente un sacrificio especial. El Estado, en virtud del principio de igualdad ante la Ley, debe indemnizar a ese particular como consecuencia del sacrificio sufrido.

d'. *Comentarios de la jurisprudencia en Venezuela*

La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido que:

[...]la Responsabilidad del estado es perfectamente admisible y de hecho ello es una posibilidad y exigencia de fuerza constitucional... tal determinación en el campo de la responsabilidad... se dirige fundamentalmente *al caso de las sentencias erróneas o errores judiciales*.

De igual manera el supuesto del funcionamiento anormal del Poder Judicial, referido al ilícito de la “denegación de justicia”, que bien puede configurar la abstención del juez a emitir un pronunciamiento en la etapa cognitiva, así como también en el incumplimiento de ejecutar la decisión judicial que acordó un derecho a la parte en el juicio a que diera lugar. (resaltado nuestro).⁸³

b. *La omisión y el retardo judicial injustificado*

La omisión y el retardo judicial injustificados se verifican por lo general por las dilaciones ocurridas durante la tramitación del proceso, las cuales, para generar responsabilidad del Estado, deberán estar sujetas a altos estándares de anormalidad en la prestación del servicio. No producirán la responsabilidad del Estado los retardos propios de la correcta observancia de los lapsos establecidos por la Ley.

Este retardo puede presentarse -obviamente- en cualquier fase del procedimiento y no debe relacionarse únicamente con las sentencias o decisiones del Tribunal y su ejecución. Cabe encuadrar también en este supuesto los retrasos injustificados ocurridos en la sustanciación del proceso (citaciones y notificaciones por cualquier vía, comisiones, etc.) o aquellos relacionados con la inejecución de las sentencias.

De otra parte, pensamos que la redacción del artículo 49, ordinal 8 de la Constitución no deja dudas, en nuestro criterio, de que el particular siempre tendrá la posibilidad de exigir directamente al Estado la responsabilidad en materia judicial, incluso cuando dichas faltas sean imputables personalmente al juez -tales como las previstas en el artículo 255 *ejusdem*, relativas a la parcialidad, denegación, prevaricación, inobservancia de normas procesales- dado que, en todo caso, esa falta personal, que se desdobra en una falta del servicio, comporta necesariamente un anormal funcionamiento del sistema de justicia por el cual el Estado deberá responder, sin perjuicio de ejercer las acciones de regreso correspondientes contra los jueces implicados.

a?. *Aspecto relativo al procedimiento*

Como toda demanda ejercida contra la República, la acción de daños y perjuicios fundamentada en la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional deberá cumplir igualmente con el requisito previo del antejuicio administrativo, contemplado en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR, G.O. N° 5.554 Ext., 13-11-2001) en los artículos 54 al 60.

El órgano ante el cual se iniciaría este procedimiento previo es por ante el propio Tribunal Supremo de Justicia, ya que mediante reciente decisión de la Sala Plena del 16 de marzo de 2005, se estableció que:

[...] debe corresponder el conocimiento de las reclamaciones contra el Poder Judicial (*responsabilidad del Estado por error judicial o responsabilidad del Estado Juez*), al órgano directivo de esta rama del Poder Público, que no es otro, como se ha dicho, que la **Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia**, en tanto que no le ha atribuido dicha competencia a su órgano administrativo subordinado cual es la Dirección Ejecutiva de la Magistratura [...] (énfasis añadido).⁸⁴

En efecto, en estos casos el daño ocasionado por el Estado deriva de la actividad desarrollada por el Poder Judicial y debe, por tanto, la Junta Directiva del propio Tribunal Supremo de Justicia encargarse de tramitar la reclamación previa, pues allí debe resolverse acerca de la opinión de procedencia o no de la reclamación y en el segundo caso, exponerse los argumentos que servirán de base a la opinión y posterior defensa que el representante de la República deba realizar en juicio.

83 Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 18 de junio de 2000.

84 Sentencia de la Sala Plena del 16 de marzo de 2005. Caso *Mapfre La Seguridad, C.A. De Seguros*.

b'. *Posición de la jurisprudencia*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció en el caso Luis Alberto Bacca la posibilidad de que el Estado sea responsable por los daños y perjuicios ocasionados a un particular como consecuencia de un retardo injustificado o una omisión judicial, al reconocer que:

[...] todo retardo injustificado de un acto procesal que ha debido tener lugar, que lesiona a una parte en su situación jurídica, amenazando la irreparabilidad de la misma, es atacable por la vía del amparo; pero hay conductas activas de los jueces que retardan injustificadamente la declaración o actuación de los derechos de una de las partes, interfiriendo con la garantía judicial que consagra el artículo 49 de la Constitución vigente, tal como ocurre cuando un juez oye una apelación en ambos efectos, cuando ha debido oírla en uno sólo, retardando así un acto que ha debido llevarse a cabo⁸⁵.

Dentro de este retardo judicial injustificado, podemos ubicar el supuesto de retardo en la ejecución de sentencias, el cual puede derivar en la declaratoria de responsabilidad del Estado.

c'. *Inejecución total o parcial de sentencias*

Además del error judicial y del retardo judicial injustificado, la inejecución total o parcial de sentencias puede derivar en responsabilidad del Estado. Ello por cuanto la ejecución de la sentencia es un derecho que se puede subsumir dentro de la garantía constitucional de la *tutela judicial efectiva*.

De allí que cuando haya inejecución de una sentencia por causas atribuibles a los órganos jurisdiccionales, los particulares estarán facultados para demandar la responsabilidad patrimonial del Estado por ese incumplimiento. La naturaleza de esa responsabilidad radica, en que la inejecución es una forma de funcionamiento anormal del poder judicial que supondría la *denegación de justicia*⁸⁶.

E. Responsabilidad del Estado por actuaciones no jurisdiccionales

También generan la responsabilidad del Estado los daños causados por los órganos del Poder Judicial por actos que si bien no son jurisdiccionales, sí son inherentes a su actividad, tales como, la desaparición de expedientes, dinero u objetos consignados en los tribunales, la reducción injustificada de los días y horas de despacho, etc.

Ciertamente, la responsabilidad por acto del Poder Judicial -Ortiz Alvarez- abarca no sólo la actividad jurisdiccional del Estado propiamente dicha, derivada de sus sentencias erróneas, sino que se extiende a las actividades que si bien estrictamente no son jurisdiccionales, están vinculadas con la función de administrar justicia, como serían los supuestos relacionados con la actividad de policía judicial y los problemas relativos a la instrucción o pérdida de dinero, títulos y demás objetos que hubieren sido consignados en los tribunales⁸⁷.

85 Sentencia de la Sala Constitucional del 28 de julio de 2000. Caso *Luis Alberto BACCA*.

86 V., sentencia de la Sala Político Administrativa del 18 de julio de 2000. Caso *CANTV*.

87 ORTIZ-ALVAREZ, Luis, *ob. cit.*, pp. 580-581.

3. Responsabilidad del Estado legislador

La responsabilidad del Estado por la aplicación de las leyes es un tema cuyo reconocimiento por los distintos ordenamientos jurídicos ha sido muy difícil. Para Concheiro del Río, la explicación de esta circunstancia “*no es otra que la concepción de la misma como un ataque frontal a la soberanía del Estado o, en expresión de Santamaría Pastor, a la ‘médula del poder’*”⁸⁸.

En todo caso, aun cuando en términos generales el Estado es renuente a responder por su actividad legislativa, existen supuestos en los cuales las propias leyes establecen un sistema de responsabilidad patrimonial, a través de un régimen indemnizatorio respecto de los daños que hubiere causado su aplicación.

A. Fundamento Constitucional de la responsabilidad del Estado legislador

Si bien una interpretación literal del artículo 140 de la Constitución no conduce a concluir que en ella se incluya la responsabilidad del Estado-legislador; debemos recordar que esa norma debe ser interpretada conjuntamente con la Exposición de Motivos, la cual señala que:

[...] *la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones (énfasis añadido).*

De allí parte el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado en el ámbito legislativo. Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que en Venezuela la ya mencionada decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 9 de octubre de 2001 (Caso *Hugo Eunices Betancourt Zerpa*) hizo referencia, precisamente, a la *responsabilidad integral del Estado*, y como tal, abarca a todas las funciones que a éste corresponden. De allí, la posibilidad de que el Estado sea condenado igualmente en el caso de daños producidos como consecuencia de la aplicación de la Ley.

La doctrina -Marienhoff- señala que el fundamento de la responsabilidad del Estado legislador se basa en que el Estado tendrá siempre la misma obligación de reparación cuando cause un daño que le sea imputable, independientemente del órgano a través del cual se expresa. En este sentido, el citado autor señala que:

El Estado es uno solo y siempre el mismo, cualquiera que sea el órgano esencial a través del cual exprese su actividad, voluntad, conducta o comportamiento; de ahí que si causa un daño que le sea imputable, el fundamento de la obligación de reparación siempre será el mismo: el conjunto de principios- o alguno de estos- integrante del complejo de ellos inherentes al Estado de Derecho. Cualquiera que sea el órgano estatal cuya actividad haya generado responsabilidad (órganos Legislativo, Ejecutivo o Judicial), siempre ésta le será imputada al Estado y no al respectivo órgano en particular⁸⁹.

⁸⁸ CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime, *Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes*, Editorial Difusa, Madrid, 2001, p. 283.

⁸⁹ MARIENHOFF, Miguel, *ob cit.*, t. IV, p. 785.

De otra parte, para Moderne, el fundamento en el sentido técnico de la responsabilidad del Estado, se basa en el principio de *igualdad ante las cargas públicas*⁹⁰. De igual manera lo señala, en la doctrina venezolana, el profesor Lares Martínez al afirmar que “*el verdadero fundamento de la responsabilidad del Estado por actos legislativos se halla en el principio de la igualdad de los particulares ante las cargas públicas, que es una consecuencia del principio de la igualdad jurídica*”.

Por tanto, en opinión del autor, si la Ley, que se supone encaminada a favorecer a la comunidad, daña gravemente a un individuo o a una minoría, es justo que el patrimonio público responda por ese agravio, porque así las cargas públicas no pesan sólo sobre los damnificados sino sobre la colectividad entera.⁹¹

La doctrina -Fiorini- sostiene que:

[...] la norma del legislador nunca produce daños cuando es ley general para todos pero cuesta trabajo afirmar que esto sucede cuando ésta desapodera o lesiona a uno o a alguno de los habitantes del país en beneficio de todos o de algún grupo⁹².

En Venezuela, como ejemplo originario de la responsabilidad del Estado legislador, podemos citar la Ley de 28 de mayo de 1850 que estableció la obligación del Estado de resarcir los daños causados a los acreedores por la aplicación de la “*Ley de Espera y Quita*” del 9 de abril de 1849, que contemplaba una moratoria para el pago de las deudas vencidas. En el mismo sentido, la Ley de 24 de marzo de 1854 que declaró la abolición de la esclavitud, previó el pago de una indemnización en favor de los dueños de esclavos liberados que fueron afectados por la aplicación de la Ley. Finalmente, encontramos entre otras, la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (LOREICH) del 29 de agosto de 1975, que contemplaba en su texto una indemnización a los titulares de las concesiones petroleras que fueron afectados a raíz de la reserva al Estado Venezolano de la industria de los hidrocarburos.

No obstante, así como existen supuestos en los cuales las propias leyes establecen un sistema propio de responsabilidad, también puede darse el supuesto de que la propia ley niegue de forma expresa o tácita todo resarcimiento por los daños que su aplicación pudiese causar y es aquí donde un sistema de responsabilidad integral del Estado debe prevalecer. En estos casos, en palabras del profesor Garrido Falla, “*el silencio de la ley, y por vía de responsabilidad patrimonial por daños inferidos a los particulares, debe presumirse la existencia de indemnización*”⁹³.

B. Determinación de la responsabilidad del Estado por actos legislativos

La determinación de la responsabilidad del Estado legislador ha sido fundamentada en algunos países -España- en la no obligación del afectado de soportar la aplicación del acto legislativo antijurídico. Así, observamos que en algunas ocasiones la antijuridicidad de la Ley ha sido derivada de su ulterior declaratoria de inconstitucionalidad; en otras,

90 MODERNE, Franck, *La Responsabilidad por Actos del Legislador y por los Tratados Internacionales*.

91 Vid. LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 427.

92 BARTOLOMÉ A. Fiorini, *Derecho Administrativo*, t. II, Edit Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 741.

93 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 1992, p. 322.

dada la constitucionalidad de la norma, se ha derivado de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas⁹⁴.

En ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español (Sentencia del 11 de octubre de 1991) ha establecido que existen tres supuestos que dan origen a la responsabilidad del Estado por actos legislativos, a saber: “cuando tengan un contenido expropiatorio, cuando haya sido declarada la inconstitucionalidad y cuando el resultado a que conduzca su aplicación merezca algún grado de compensación”⁹⁵.

No obstante, para la mayoría de la doctrina -Concheiro del Río, Garrido Falla, Parada, García Álvarez- la superioridad jerárquica de las normas dictadas por todo Estado soberano permiten sostener que el único control de la discrecionalidad del órgano legislativo es el que puede lograrse mediante el recurso de inconstitucionalidad. Así, la declaratoria de inconstitucionalidad de una Ley a causa de su antijuridicidad, se erige como la más clara posibilidad de exigir la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador⁹⁶. Y es que el Poder Legislativo en el ejercicio de sus competencias debe someterse a los parámetros establecidos por la Constitución, y sus actos (*i.e.* leyes) quedan sujetos, por tanto, a la norma fundamental; por ello si la Ley infringe la Constitución, el órgano Legislativo habrá incumplido su obligación de sometimiento y la antijuridicidad que tal conducta comporta hará procedente la indemnización.

Ahora bien, en el *Derecho Español*, la determinación de la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos estuvo sujeta a la llamada *teoría de la prospectividad* que propugnaba la irretroactividad de los efectos de la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad. Conforme a esta teoría, el principio de la seguridad jurídica exige que la responsabilidad del Estado por los daños causados por leyes posteriormente declaradas inconstitucionales, sólo pueda invocarse respecto de aquellas situaciones jurídicas que no hubiesen quedado firmes, quedando excluidas por tanto aquellas resueltas con carácter de cosa juzgada o que hubieren sido consentidas o no impugnadas⁹⁷. Bajo esta teoría, la jurisprudencia española fue desechando en muchos casos la procedencia de la responsabilidad del Estado por sus leyes.

No obstante, esta posición fue recientemente abandonada por el propio Tribunal Supremo en decisiones del 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000, al reconocer expresamente el derecho a exigir la responsabilidad del Estado Legislador por los daños causados por aquellas leyes declaradas inconstitucionales, aun respecto de situaciones pasadas con autoridad de cosa juzgada, siempre que tales reclamaciones se interpongan en el lapso de un año, contado a partir de la publicación de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma.

Otro aspecto de relevancia es el referido a los supuestos en los que la Ley imponga determinados perjuicios que no generen responsabilidad del Estado y deban ser soportados sin indemnización por los particulares. Sobre este punto Baena de Alcázar ha señalado que en el Derecho Español la legislación actual plantea esta posibilidad que, en todo caso, constituye un problema a ser dilucidado por la jurisprudencia. Así, al hacer referencia a la Ley 4/1999 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común que establece que “sólo podrá exigirse responsabi-

94 *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo español de fechas 10 de junio de 1988, 11 de octubre de 1991 y 29 de julio de 1992.

95 CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime, *ob. cit.*, p. 425.

96 *Ibidem*, p. 339.

97 *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional español del 20 de febrero de 1989.

lidad cuando se trate de una lesión al particular proveniente de daños **que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley**” (art. 14.1) (resaltado nuestro). El referido autor plantea que la interpretación de dicha norma permite afirmar que paralelamente al establecimiento por vía legal de cargas o limitaciones que no dan derecho a indemnización -ya reconocidas a nivel doctrinal y jurisprudencial en la mayoría de los ordenamientos jurídicos- es posible establecer supuestos en los que la Ley imponga al particular el daño o lesión y el deber de soportarlo con toda exclusión de la responsabilidad del Estado.

En ese sentido, señala que ello sólo sería posible si el daño en cuestión viniera impuesto por Ley y no por reglamento lo que “*lleva a la consecuencia lógica de que deba existir una reserva de Ley en la materia (...) Si la ley no existe y la declaración se hace por Reglamento los problemas de legalidad y constitucionalidad son evidentes*”.⁹⁸ Asimismo, el autor expresa que ante la ausencia de regulación legal tampoco es posible concluir en la responsabilidad del Estado, pues ello comportaría una visión excesivamente objetiva del sistema de responsabilidad que sería aplicable a todo caso, salvo que la Ley estableciera lo contrario, supuesto en el cual el problema planteado habrá de ser resuelto por los tribunales.

C. Requisitos de procedencia

La doctrina, tanto nacional como extranjera, considera como condiciones para la procedencia de la responsabilidad del Estado y posterior resarcimiento de daños por la función legislativa, los siguientes:

- a. La existencia de una lesión que derive de la actividad legislativa.
- b. La existencia de un daño cierto y efectivo, es decir, un daño actual y no meramente potencial o posible.
- c. Que el daño sea apreciable en dinero.
- d. Que el perjuicio causado sea especial, es decir, que se haya afectado a un grupo determinado de individuos.
- e. Que exista una relación de causalidad, esto es, una relación directa, entre el daño causado y la actuación judicial.
- f. Es preciso que la actividad prohibida o suprimida o la situación afectada no hayan sido contrarias a la salud, a la moral o al orden público y, en términos generales, que no haya sido antijurídica.

Los autores Parejo y Jiménez Blanco señalan, además, que se requiere la violación grave de una regla superior de Derecho, como lo es el principio de confianza legítima⁹⁹. Así, en España, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 295 señala que:

Este principio no es esgrimible cuando: o bien el ciudadano ha tenido un conocimiento previo de la medida legal, o bien ésta ha sido en todo caso previsible, ha establecido un período transitorio o ha dispuesto medidas compensatorias.

⁹⁸ BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, “La lesión que no se tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley” en *Colección Maestros Complutenses de Derecho*, JORDANA DE POZAS, Luis, *Creador de Ciencia Administrativa*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 2000, *ob. cit.*, p. 252.

⁹⁹ PAREJO ALFONSO, Jiménez Blanco, *et al. ob. cit.*, pp. 681-703.

En Venezuela, Lares Martínez señala que la singularidad del daño es indispensable para la procedencia de la responsabilidad. Así, sostiene que “*debe haberse sacrificado un derecho concreto o el contenido mismo de un derecho y no se trate de una mera limitación que la ley imponga a un derecho abstractamente considerado*”¹⁰⁰.

D. Supuestos de responsabilidad del Estado legislador

La doctrina española -Parada entre otros- ha establecido los siguientes supuestos en los cuales el Estado puede ser declarado responsable en el ejercicio de la función legislativa.

a. *Leyes expropiatorias*

Es menester determinar, en primer lugar, la diferenciación conceptual entre la responsabilidad patrimonial derivada de la expropiación forzosa y las leyes expropiatorias.

En lo que respecta a la expropiación forzosa, una serie de autores, dentro de los cuales se encuentra García de Enterría, han señalado que ella “*representa una técnica dirigida a producir un despojo singular; y por tanto, impiden la inclusión, dentro de esta figura jurídica de las privaciones ejecutadas a través de instrumentos legislativos normalmente de carácter general*”¹⁰¹.

En efecto, la indemnización por expropiación forzosa se adminicula en la afectación particular del derecho de propiedad y se fundamenta en la previsión del artículo 115 de la Constitución, que establece que “*sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes*” (énfasis añadido).

Las leyes de contenido expropiatorio, de otras parte, son aquellas que suponen la privación del derecho de propiedad de los particulares sobre sus bienes por causas de interés general (vgr. leyes de nacionalización, leyes de demanialización). En estos casos, el Estado deberá indemnizar a los particulares como consecuencia de la expropiación del bien. Afirma Garrido Falla que “*la indemnización expropiatoria es la consecuencia de una actividad lícita de la Administración (...) con la simultanea compensación que implica el reconocimiento de su derecho a percibir el justo precio del bien sacrificado*”¹⁰².

Puede ocurrir, sin embargo que el texto de la Ley niegue de manera expresa la responsabilidad del Estado por causas de expropiación, en cuyo caso se podrá interponer un recurso de nulidad por inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En este sentido, destacamos la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Fedenaga vs. Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en la cual la Sala declaró la nulidad del artículo 90 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, que permitía el rescate de fundos propiedad del Instituto Agrario Nacional, sin otorgar la correspondiente indemnización a los ocupantes por las bienhechurías ejecutadas en ellos.

Así la Sala sostuvo lo siguiente:

100 LARES MARTÍNEZ, Eloy, *ob. cit.*, p. 428, 429.

101 CONCEIRO DEL RÍO, *ob. cit.* p. 359.

102 GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, pp. 287-288.

No reconocer la propiedad de los bienes que existan sobre las tierras del indicado Instituto Nacional de Tierras, atenta contra el derecho a la propiedad, y hace que el Instituto incurra en un enriquecimiento sin causa, pues se subvierte la idea de accesión inmobiliaria en sentido vertical, que acarrea la inconstitucionalidad de la norma.

El derecho a la propiedad es un derecho esencialmente limitable, dado su utilidad social, pero dicha limitación no puede suponer un desconocimiento del derecho, por su rango constitucional, una absorción de las facultades del propietario al extremo que llegue a eliminarlo, pues de ese modo no se estaría garantizando esa protección que la Constitución le otorga. De tal manera que, *siendo que con la norma en referencia se desconoce de manera absoluta el derecho a la propiedad sobre las bienhechurías realizadas por los ocupantes de las tierras del Instituto Nacional de Tierras, esta Sala declara la nulidad del artículo 90 del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario*¹⁰³.

b. *Inconstitucionalidad de las leyes*

El segundo supuesto se basa en la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado por daños, como consecuencia de leyes que sean declaradas nulas por medio de sentencia del Tribunal Supremo de Justicia.

Sostiene Parada, que:

[...] dichos daños deben ser indemnizados en la forma y medida en que lo son los originados por una resolución o una disposición reglamentaria que se declare ilegal y (...) sin dar por supuesto o prejuzgar que dichos daños se han producido por el simple hecho de la anulación¹⁰⁴.

En este sentido, vale la pena mencionar que el Tribunal Supremo de Justicia ha descartado la posibilidad de que las personas afectadas por actos administrativos dictados con fundamento a una norma posteriormente declarada inconstitucional, obtengan indemnización por los daños sufridos.

Así se desprende de la controversia planteada con motivo de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, el 14 de diciembre de 1999, la cual declaró parcialmente con lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto contra el dispositivo contenido en el artículo 59 del Código Orgánico Tributario, y en consecuencia, anuló el parágrafo único de referido artículo, relativo a los intereses moratorios e indexación de las deudas tributarias.

Una vez dictado el fallo, la Administración Tributaria solicitó aclaratoria de éste y pidió que se fijaran sus efectos a partir de la publicación de la sentencia.

En la sentencia aclaratoria -dictada por la Sala Constitucional el 26 de julio de 2000- se determinó que la nulidad de la referida norma no incide sobre la validez y eficacia de los actos dictados con fundamento en el referido Parágrafo Único del artículo 59, que para la fecha del fallo hubieren quedado definitivamente firmes, en virtud de un acto administrativo que no haya sido recurrido, o por haber recaído decisión judicial que causara cosa juzgada¹⁰⁵.

103 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 20 de noviembre de 2002, caso *Fedenaga vs. Ley de Tierras y Desarrollo Agrario*.

104 PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 720.

105 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo del 26 de julio de 2000. Asimismo, *vid.* DE GRAZIA SUÁREZ, Carmelo, *ob cit.*

IV. CONCLUSIONES

- De conformidad con la vigente Constitución de 1999, Venezuela se erige como un Estado informado por los principios de libertad, democracia participativa, descentralización, pluralidad, alternatividad de los poderes y *responsabilidad*. De ese modo, se establece como cláusula general que Venezuela es y será siempre un Estado responsable. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado, más que una garantía a los particulares, es uno de los principios fundamentales que rigen la actuación del Estado Venezolano, el cual conforma uno de los pilares del Estado democrático moderno. Asimismo, la responsabilidad del Estado debe ser entendida como una garantía esencial a todo Estado de Derecho, ya que la propia naturaleza de esa figura exige que el Estado responda a los particulares por los daños causados a éstos como consecuencia de su actividad.

- La amplitud con la cual fueron redactados los artículos 140 y 259 de la Constitución, que contemplan la responsabilidad de la Administración y la creación de la jurisdicción contencioso administrativa, así como la interpretación de esas disposiciones contenida en la Exposición de Motivos que amplía esa figura, otorgan a la responsabilidad patrimonial del Estado un carácter universal e integral y dota al sistema de responsabilidad de *objetividad*. Así, por mandato constitucional, el Estado será responsable por *todas* las actuaciones de *todos* los poderes públicos que conforman su estructura, bien sean actuaciones administrativas, legislativas y judiciales, incluyendo la actuación de personas privadas en ejercicio de funciones públicas. Asimismo, la universalidad implica que en virtud de la responsabilidad, se podrá reclamar tanto los daños al patrimonio físico como los daños morales y los daños generados por la actividad y por la inactividad del Estado.

- La objetividad en la responsabilidad del Estado implica la ausencia de calificaciones subjetivas (de dolo o culpa) de la actuación del Estado que generó el daño, requiriéndose únicamente para que sea procedente la indemnización, demostrar el nexo causal entre el daño antijurídico y la actuación de los entes públicos.

- La jurisprudencia ha acogido de manera vacilante y, en ocasiones de una manera no coherente o sistemática, los principios de responsabilidad patrimonial del Estado contenidos en la Constitución. Sin embargo, ha aceptado paulatinamente la tesis *autónoma* de la responsabilidad del Estado, según la cual ésta se rige por principios del Derecho Público, excluyendo la aplicación de los principios que informan la responsabilidad en el Derecho Civil.

- En lo que respecta a la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración -bien por faltas en la prestación del servicio, bien por riesgo creado- ésta ha sido acogida por la jurisprudencia de una manera objetiva e integral, verificándose para su procedencia la imputabilidad del daño a la Administración Pública.

- La procedencia de la responsabilidad del Estado Juez, por su parte, se ha establecido de manera general en la jurisprudencia, adoptándose la tesis de que la administración de justicia es un servicio público para los particulares, cuya prestación está garantizada en la Constitución y de allí que las faltas en su prestación acarreen la responsabilidad del Estado, más allá de la responsabilidad particular del Juez. Sin embargo, aun cuando se han fijado los principios generales para su procedencia, no ha habido una buena recepción jurisprudencial de tales criterios, lo cual se demuestra a través de la escasez de jurisprudencia en torno a los distintos aspectos de la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional.

- La responsabilidad del Estado por su labor legislativa, la cual se fundamenta -como otros aspectos de la responsabilidad- en el principio de igualdad de las cargas públicas, es hasta la fecha, la que menos acogida jurisprudencial ha tenido dentro de los diferentes aspectos de la responsabilidad patrimonial del Estado. En efecto, si bien se han delimitado doctrinariamente los supuestos de procedencia para esa responsabilidad, la jurisprudencia se ha limitado a declarar la posibilidad de que se pueda responder por tales actuaciones, pero no ha otorgado indemnización por ellas. De allí que, queda por analizar el trato que le dará la futura jurisprudencia a este aspecto de la responsabilidad, de tan difícil determinación.

BIBLIOGRAFÍA

BADELL MADRID, Rafael, Estudio sobre las Constituciones en el Siglo XX, artículo publicado en *Venezuela Siglo XX. Visiones y Testimonios*, Fundación Polar, Caracas, 2001.

BADELL MADRID, Rafael, *Responsabilidad del Estado en Venezuela*, Caracas Venezuela 2001.

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, "La lesión que no se tiene el deber jurídico de sopor-tar de acuerdo con la ley", en *Colección Maestros Complutenses de Derecho*.

BALASSO TEJERA, Caterina, "La Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito procesal administrativo", artículo publicado en el libro *El Contencioso Administrativo Hoy*, Jornadas 10º Aniversario, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2004.

BARTOLOMÉ A. Fiorini, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1980.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Segunda Edición, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.

CHAVERO GAZDIK, Rafael, *Los Actos de Autoridad*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. BREWER-CARÍAS de Derecho Administrativo, N° 8, UCAB, Editorial Jurídico Venezolana, Caracas, 1996.

CITARA, Rubén Miguel, *El Servicio Público. Parte 2. Poder de Policía*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires.

CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime, *Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes*, Editorial Difusa, Madrid, 2001.

DE GRAZIA SUÁREZ, Carmelo, "La Responsabilidad Extracontractual del Estado en el ordenamiento jurídico Venezolano Evolución jurisprudencial 1993-2003", en *Jornadas XXVIII J.M. Domínguez Escovar en homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez*, Barquisimeto, Venezuela, 2003.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel, *El incumplimiento en la concesión de servicio público*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981.

ENTRENA CUESTA, Rafael, "Responsabilidad e Inactividad de la Administración: Notas para un intento de reelaboración en El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI", *Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

ESCOLA, Hector Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Vol. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

FERRO GUZMÁN, José J., "Responsabilidad del Estado por el Funcionamiento de la Administración de Justicia (Responsabilidad del Estado Juez)", artículo publicado en *Revista de Derecho Administrativo* N° 19, Editorial Sherwood, Julio-Diciembre, Venezuela 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M., *La Responsabilidad Patrimonial del Estado en España y en Venezuela Estudio Comparativo*, Vol. 2, Procuraduría General de la República, Caracas, 1996.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, Tecnos, Madrid, 1992.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2. Editorial Funeda, Caracas, 2001.

HERNÁNDEZ G, José Ignacio, *Reflexiones críticas sobre las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de la Administración en Venezuela. Análisis de la interpretación dada al artículo 140 de la Constitución de 1999*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2004.

HOYOS DUQUE, Ricardo, *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 1984.

IRIBARREN MONTEVERDE, Enrique, "La Responsabilidad Administrativa Extracontractual", en *Revista de la Facultad de Derecho* (UCAB), N° 44, Caracas, 1992

JORDANA DE POZAS, Luis, *Creador de Ciencia Administrativa*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 2000.

LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Décima Segunda Edición actualizada a la Constitución de 1999, Editorial Exlibris, Caracas, 2001.

LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Algunos excesos en materia de responsabilidad del Estado. ¿Es posible aplicar al Estado la doctrina del riesgo creado?". Conferencia dictada el 30 de agosto de 2001, en la ciudad de Salta, Argentina.

MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Tercera Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980.

MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, Presses Universitaires de France (P.U.F.), París, 1986.

NALLAR, Daniel M., "Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público bajo un Sistema Federal de Gobierno" en *Revista de Derecho Administrativo* N° 33/35, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 2000.

ORTÍZ-ÁLVAREZ, Luís, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1996.

PAREJO ALFONSO, Jiménez Blanco, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ariel, Madrid, 1994.

PIETRI, Alejandro. *Valoración Jurídica del Daño Moral*, Editorial Fabreton, Caracas, 1988.

RISSO FERRAND, Martín, *Responsabilidad del Estado por su Actividad Jurisdiccional*, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1999.

RIVERO, Jean, *Derecho Administrativo*, Novena Edición, Instituto de Derecho Público Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984.

ROJAS PÉREZ, Manuel, “La Responsabilidad del Estado juez en Venezuela”, separata de *Revista de Derecho* N° 15, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas-Venezuela 2005.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador”, en “*Revista de administración Pública, selección de artículos en ocasión de su centenario*”.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La responsabilidad del Estado*, Editorial Temis, Bogota, 2000.

TAWIL, Guido Santiago, *La responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1993.

TORNOS MAS, Joaquín, “La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia”, en “*Estudios sobre el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*”, Barcelona, 1985.

TURUHPIAL CARIELLO, Hector, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Actuaciones Conforme a la Ley*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995.

VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, Editorial Aguilar, Madrid, 1980.

§6. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO OCASIONADA POR EL RIESGO O VICIO DE LAS COSAS

Pablo Esteban Perrino

Profesor Facultad de Derecho de la
Universidad Austral, Argentina

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos proponemos efectuar algunas reflexiones sobre un aspecto puntual de la responsabilidad estatal como es la forma en que se aplica la teoría del riesgo creado (art. 1113, 2º párrafo, 2ª parte del Código Civil) en el caso de daños ocasionados por cosas de propiedad del Estado o que están bajo su guarda, como también por actividades estatales que pueden crear situaciones de riesgo o peligro.

Se trata de una faceta de la responsabilidad de los poderes públicos a la que la doctrina administrativista¹ le ha prestado poca atención, que comprende supuestos muy vastos y de diversas características y que usualmente es abordada por los tribunales con arreglo a lo dispuesto en la legislación civil.

Para la adecuada comprensión del tema que aquí abordaremos, es conveniente recordar previa y sucintamente las características de nuestro régimen de responsabilidad estatal y la forma en que ha sido receptada el factor de atribución riesgo en el Código Civil y su aplicación judicial.

II. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN ARGENTINO DE RESPONSABILIDAD

1. Origen y desarrollo pretoriano

Al igual que ha ocurrido en numerosos países europeos, como Francia², Italia³ y Alemania⁴, en nuestro país la formulación de nuestro sistema de responsabilidad ha sido una laboriosa conquista fruto de la jurisprudencia⁵ y de los aportes de la doctrina.

1 El único trabajo específico que nosotros conocemos en el que se examina con detenimiento esta cuestión ha sido elaborada por un profesor de derecho civil, como es el LÓPEZ MESA, Dr. Marcelo J., "La doctrina del riesgo creado y su posibilidad de aplicación al Estado", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 27/29, pp.435 y ss.

2 DE LAUBADÈRE, André, *Traité de Droit Administratif*, huitième édition, Librairie Générale de Droit y Jurisprudence", París, 1980, p. 693; MOREAU, Jacques, "Evolución reciente de la responsabilidad de la Administración en el Derecho francés", *Documentación Administrativa* n° 239, pp.175 y ss.; ROUGEVIN-BAVILLE, Michel, *La responsabilité administrative*, Hachette, París, 1992, pp.9 y ss.; SEMPÉ, Françoise, *La responsabilité extracontractual de la Administración en Francia*, en la obra colectiva, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, editado por Tecnos y la Junta de Andalucía, Madrid, 1995, pp.969 y ss.

La falta de disposiciones constitucionales y de un cuerpo legal específico que regule la responsabilidad del Estado (tal el caso de España y los Estados Unidos) no ha constituido un valladar para que por vía pretoriana, con sustento, principalmente, en las cláusulas del texto constitucional que garantizan la inviolabilidad del derecho de propiedad⁶ (arts. 14 y 17), el art. 19 que “establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: *alterum non laedere*”⁷ y el art. 16 que consagra el principio de igualdad en las cargas públicas⁸, se sentaran las bases de una doctrina judicial que reconoce ampliamente el resarcimiento de los daños causados injustamente por cualquiera de los poderes del Estado.

Sin embargo, nuestro derecho carece de un tratamiento normativo sistemático y unitario de la responsabilidad estatal. A diferencia de lo que acontece en otros sistemas jurídicos, en el ordenamiento jurídico argentino -tanto nacional como provincial-, no existe, al menos con carácter general, una regulación orgánica sobre este instituto. Sólo en áreas específicas y respecto de aspectos muy puntuales, la Nación y las provincias⁹ han dictado normas¹⁰.

3 CLARICH, Marcello, *La responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento italiano: características generales y tendencias recientes*, en la obra colectiva antes citada *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, p.1005 y ss.

4 OSSENBÜHL, Fritz, “La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania”, en la obra colectiva antes citada *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, p.931 y ss.

5 V., REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, Bs. As., 1969, pp.83 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, cap. V, 7º ed., Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Bs. As., USLENGHI, Alejandro J., “Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita”, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 2001, pp.49 y ss. y PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad extracontractual en el derecho argentino”, *RAP* n° 237, pp. 9, 14.

6 Conf. Fallos: 253:316; 274:432; 277:225; 300:143; 301:403; 302:159; 305:1045 entre otros. La Corte nacional también ha fundado la responsabilidad estatal, en antiguos pronunciamientos de principios del siglo XX, en postulados de justicia y equidad (Fallos: 111:107 y 129:5). Cabe destacar, que el primer trabajo en el que se fundó la responsabilidad estatal en la protección de los derechos constitucionales fue el Rodolfo BULLRICH, intitulado “La responsabilidad del Estado”, publicado en el año 1920. En la misma línea Miguel S. MARIENHOFF sostenía que el fundamento de la responsabilidad estatal “no es otro que el Estado de derecho y sus postulados”. A su juicio, de esos principios de base constitucional, que tienden a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados, surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público (*Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1980, p. 699).

7 Fallos: 308:118; 320:1999 y CSJN, causa A. 2652. XXXVIII. Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688, sent. del 21/9/04, JA, 2004-IV, p. 16.

8 La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha invocado este principio constitucional para fundamentar el deber de responder del Estado por actos válidos. Así ha expresado que el fundamento de la obligación del Estado de resarcir ciertos daños que guarden relación de causalidad con el ejercicio regular de sus poderes propios se halla, en última instancia, en el beneficio que toda la comunidad recibe de las acciones que el Estado promueve por el interés general y cuyas consecuencias eventualmente dañosas no es justo que sean soportadas exclusivamente por un individuo o grupo limitado -más allá de un límite razonable- sino que debe redistribuirse en toda la comunidad a fin de restablecer la garantía consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional (Fallos: 315:1892; 321:3363; conf. Fallos: 293:617, voto concurrente del Dr. LEVENE y Fallos: 316:1335, voto disidente del Dr. BARRA).

9 Son numerosas las constituciones provinciales que contienen previsiones básicas sobre la cuestión bajo examen (*Vgr.*, constituciones provinciales de Misiones (art. 80), Santa Fe (art. 18), Catamarca (arts. 47 y 48), San Juan (art. 43), Salta (art. 5), Jujuy (art. 10), Córdoba (art. 14), La Rioja (art. 48), Chaco (art. 72), Río Negro (art. 55), Formosa (art. 25), Tierra del Fuego (art. 188)) y también las que contemplan la obligación de indemnizar los perjuicios irrogados por sentencias condenatorias erróneas de (*Vgr.* constituciones provinciales de Córdoba (art. 42, párrafo 2º), Chaco (art. 24), Chubut (art. 28), Formosa (art. 22), Jujuy (art. 29, inc. 11), La Pampa (art. 11), Misiones (art. 27), Neuquén (art. 40), Río Negro art. 19), Salta (art. 5), Santa Cruz (art. 29), Santa Fe (art.9, párrafo 6º) y Tierra del Fuego (art.40)).

10 Tal como ocurre por ejemplo, en los siguientes supuestos: 1) responsabilidad derivada de incumplimientos contractuales (por ejemplo: arts. 62, inc. a, art. 64, inc. b de la ley 6021 (t.o. por decreto 536/95), Obras Públicas de

Ante la falta de una legislación específica durante mucho tiempo se sustentó el deber de reparar del Estado derivada de su actuación ilícita en las disposiciones del Código Civil concernientes a la responsabilidad por culpa (art. 1109) y por el hecho de los dependientes (art. 1113, 1° párraf.).

Tal solución -loable en su momento, ya que posibilitó responsabilizar al Estado por los perjuicios que ocasionaba- actualmente se presenta como una salida equivocada, porque salvo los daños provocados por comportamientos estatales en relaciones de derecho privado, la responsabilidad de los poderes públicos constituye un instituto de corte claramente iuspublicístico, cuya autonomía respecto de las normas del derecho privado fue reconocida por el Tribunal de Conflictos francés en 1873 en el famoso caso *Blanco*¹¹.

De ahí que, hoy en día, ante la falta de una normativa en la materia, si bien se sigue acudiendo a la legislación civil para resolver los problemas que presenta la responsabilidad estatal, se lo hace (o mejor dicho se lo debe hacer) de manera analógica¹², es decir, produciendo la adaptación de las soluciones previstas en el derecho privado al ámbito público y no de manera directa o subsidiaria.

2. Influencia del derecho europeo

El sistema argentino de responsabilidad tiene una clara filiación europea, en particular respecto del derecho francés y, en menor medida, del italiano.

En efecto, al igual que en Francia, la Administración Pública responde, fundamentalmente, por los daños derivados de la existencia de una falta de servicio, por el riesgo creado y por la violación al principio de igualdad ante las cargas públicas¹³. Esto último, es lo que en Argentina se identifica, siguiendo la tradición italiana, como responsabilidad por actividad lícita o válida.

A su vez, la influencia italiana se advierte también por el distinto alcance de la reparación que corresponde otorgar de acuerdo a la causa de los daños. En efecto, si bien me-

Públicas de la provincia de Buenos Aires; arts. 71 del decreto 3300/72, Reglamento de Contrataciones de la provincia de Buenos Aires; art. 9, incs. a y c de la ley 9254, Concesión de obras públicas provinciales, y art. 11, incs. a y b) ley 9645, Concesión de obras públicas municipales), 2) daños causados en el marco de la relación de empleo público (Ley 11.757, Estatuto del empleado municipal (arts. 9, inc. b.2, último párrafo; y 24), Ley 11.758, Sistema provincial de la profesión administrativa (art. 30); decreto-ley 9550 (t.o. 1995), del personal de la policía bonaerense, (art. 116, inc. e); Ley 19.101, modificada por la ley 22.511, orgánica de las Fuerzas Armadas; 19.349, modificada por ley 22.534 Orgánica de la Gendarmería Nacional, ley 12.992, con sus modificatorias, leyes 20.281 y 23.028, orgánica de la Prefectura Naval), 3) perjuicios producidos por error judicial en materia penal (art. 10 del Pacto de San José de Costa Rica, norma de jerarquía constitucional a tenor de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución nacional y también en numerosas constituciones provinciales; art. 488 del Código Procesal Penal de la Nación y art. 477 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires) 4) daños generados por requisiciones de bienes por razones de seguridad (art. 34 de la ley 23.554, de Defensa Nacional).

11 Sent. 8-2-1873, Rec. Lebon, 1^{er} suppl. p. 61, concl. David; DP, 1973.3.17; S., 1973.2.153.

12 Fallos: 300:143; 304:721; 308:451 y 318:1959. Ello es así, salvo respecto del art. 1112 del Código Civil, pues al establecer dicha norma la responsabilidad de los funcionarios por su obrar irregular, y fundarse en ella la responsabilidad estatal por falta de servicio, su aplicación debe ser directa (PERRINO, Pablo E., "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp.59 y ss.). Sin embargo, la Corte Nacional ha expresado en varias ocasiones que tal precepto se aplica por vía subsidiaria (Fallos: 306:2030; 312:1656; 318:193; 320:266, entre otros).

13 RIVERO, Jean y WALINE, Jean, *Droit administratif*, 17^o ed., Dalloz, Paris, 1998, pp. 268 y ss.

dian decisiones judiciales¹⁴ y opiniones doctrinales encontradas¹⁵, tradicionalmente se ha sostenido que el quantum indemnizatorio en los supuestos de responsabilidad estatal por actividad lícita, ante la falta de normas que lo establezcan¹⁶ y dado su carácter cuasi expropiatorio, se limita al pago del daño emergente y no al lucro cesante¹⁷.

3. Responsabilidad directa

La responsabilidad estatal es directa, ya que no funciona como un sistema de cobertura de los perjuicios causados por los actos y hecho de los funcionarios públicos.

Cabe recordar que, hasta el año 1984 la Corte nacional sostuvo la tesis contraria, ya que entendía aplicable el art. 1113, 1° párrafo del Código. Civil que regula la responsa-

14 El estudio de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pone de relieve que no siempre ha seguido un criterio homogéneo en esta materia. En efecto, pueden advertirse dos grandes posiciones: una restringida que ciñe esa indemnización al daño emergente (Fallos: 195:66; 293:617, 301:403; 312: 649; 320:568, disidencia del juez VÁZQUEZ, entre otros), y otra amplia que comprende, además, el lucro cesante (J.A., 1965-VI-362; Fallos: 286:333; 306:1409; 312:2266, entre otros). Sin embargo, en los últimos tiempos el alto tribunal ha dictado numerosos pronunciamientos en los cuales se ha condenado al pago de los rubros daño emergente y lucro cesante por daños ocasionados por el obrar estatal lícito (Fallos: 316:1335; 318:1440; 320:2551; 326640, entre otros).

15 Así en lo que se refiere a la revocación de un acto o contrato administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia la doctrina no es pacífica acerca del alcance de la indemnización. Para algunos sólo corresponde un resarcimiento acotado al daño emergente. Para esta postura, ante la falta de una norma que contemple la cuestión cabe aplicar los principios de la expropiación para todos los supuestos en los que un comportamiento lícito del Estado lesione derechos de los administrados, causándoles perjuicios que no están obligados a soportar. Sobre esa base, con arreglo a lo dispuesto en el art. 10 de la ley de expropiaciones 21.499, concluyen que no corresponde indemnizar el lucro cesante. Asimismo, señalan que en la Constitución Nacional no existe ninguna disposición que consagre el principio de integralidad del resarcimiento (Conf. MARIENHOFF, Miguel S., "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", ED 114-949; "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado"; CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 515; COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2° ed. act. y ampl. Bs. As., 2003, pp.377 y ss.) y HUTCHINSON, Tomás, "La Responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público", en obra colectiva *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2.000, pp.535 y ss.). Por el contrario, otros autores consideran que cuando la Administración revoca un acto o un contrato administrativo por razones de oportunidad corresponde un resarcimiento pleno de los perjuicios (daño emergente y lucro cesante). A su entender, la falta de texto legal expreso que establezca que en tales casos la indemnización es limitada no permite efectuar una aplicación general por vía de la analogía de las disposiciones de la ley de expropiaciones. Además, alegan que de lo contrario se lesionaría el derecho de propiedad amparado constitucionalmente (arts. 14 y 17) (conf. GUASTAVINO, Elías P., *Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado*, ED 118-190; BERCAITZ, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2° ed., Buenos Aires, 1980, pp. 502-503; BARRA, Rodolfo C., *Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos*, ED 122-861; BIANCHI, Alberto B., *Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado*, ED 111-550 y "Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legislativa", *Revista de Administración Pública*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, p. 9; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Abaco, Bs. As., 2001, pp.131 y ss.

16 A partir del año 2000 este criterio restrictivo ha sido receptado en el orden nacional a través de numerosas normas dictadas en supuestos de revocación de actos y contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (art. 96 del decreto 436/2000; art.12 del decreto 1023/2001; art. 26 ley 25.344, art. 11 ley 25.453).

17 V., MARIENHOFF, Miguel S., *El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado*, ED, 114-949 y *Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado*, LL, 1993-E, p. 912; CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit. t. I, p. 515; COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2° ed. act. y ampl. Bs. As., 2003, pp.377 y ss.). Este criterio ha sido receptado, a través de numerosas normas dictadas partir del año 2000, en lo supuestos de revocación de contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (art. 96 del decreto 436/2000; art.12 del decreto 1023/2001; art. 26 ley 25.344, art. 11 ley 25.453).

bilidad por el hecho de los dependientes¹⁸. A fines de ese año al fallar el caso conocido como “Vadell”¹⁹, siguiendo las enseñanzas de la doctrina administrativista²⁰, modificó su postura y sostuvo que la responsabilidad estatal es siempre directa y no refleja o indirecta. Ello es así, porque, según lo expresó el alto tribunal, la imputación de las actuaciones de los funcionarios o empleados a la Administración se explica a través de la teoría del órgano²¹.

Consecuentemente, cualquiera sea la posición jerárquica que tenga el agente en la estructura de la Administración, él se identifica con la propia autoridad administrativa.

4. La regulación de la responsabilidad es de competencia nacional y provincial

Una peculiaridad de nuestro régimen de la responsabilidad estatal regida por el derecho público es su carácter local y nacional²². En efecto, como consecuencia del régimen federal adoptado por la Constitución Nacional (art. 1 de la Const. Nac.), en cuyo mérito las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación (art. 121 de la Const. Nac.), el derecho administrativo en nuestro país es de naturaleza local.

Precisamente, uno de aquellos poderes reservados y no delegados por las provincias a la Nación es el relativo a la legislación en materia administrativa, pues según el art. 122 de la ley fundamental, las provincias, por no haber delegado el respectivo poder, se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas.

En consecuencia las legislaturas provinciales y el Congreso de la Nación, cada uno en su órbita, están facultados para dictar leyes sobre la cuestión bajo examen.

En cambio, al encontrarse regida la responsabilidad de la Administración por actuación en el campo del derecho civil o mercantil por las mismas disposiciones del Código Civil aplicables a las personas privadas, únicamente el Congreso de la Nación es el órgano facultado para su regulación a tenor de lo establecido en el art. 75, inc. 12 del texto constitucional.

5. Requisitos para que surja el deber de responder del Estado

En general, la doctrina²³ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁴ coinciden en señalar que los presupuestos para que se torne viable la responsabilidad estatal son cuatro: a- la existencia de un daño cierto, real, no hipotético, evaluable en dinero y subsistente; b- posibilidad de imputar jurídicamente los daños a órganos que

18 Fallos: 169:111; 182:5, 259:261; 270:404; 278:224; 288:362, entre otros muchos.

19 Fallos: 306:2030 y en ED t. 114, pp.215 y ss con nota de CASSAGNE, Juan Carlos, *La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte*.

20 BIELSA, Rafael, *Responsabilidad del Estado como poder administrador*, JA t. 43, p. 416; MARIENHOFF, *ob. cit.*, t. IV, p.715.

21 V., PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio*, ED, t. 185, p. 781.

22 V., GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo E., *¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?*, J.A. IV, 1996, p.793.

23 CASSAGNE, *ob. cit.* t. I, pp.555 y ss. y MERTEHIKIAN, *ob. cit.*, pp.103 y ss.

24 Fallos: 315:2865; 320:266; 321:1776 y 2144, entre otros.

integren la estructura del Estado, bien sea en su condición de autoridad, empleado en régimen administrativo o laboral, contrato o que realice una gestión de facto; c- el nexo causal adecuado entre el daño y la conducta estatal por acción u omisión²⁵ y d- la existencia de un factor de atribución²⁶. Este último elemento concierne al fundamento inmediato que se toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar el daño causado²⁷. Los más importantes y de carácter genérico que dan lugar al deber de reparar estatal son tres:

a. La falta de servicio, la cual se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública y se puede producir tanto por, acción como por omisión, por actos de alcance individual o general, como por operaciones materiales de los agentes estatales, y se sustenta en el art. 1112 del Código Civil²⁸.

b. El riesgo creado, receptado en el art. 1113, 2ª parte, 2º párrafo del Código Civil, cuya aplicación en el derecho administrativo, por los motivos que más adelante exponemos, debe efectuarse por vía analógica y no en forma directa.

c. La existencia de un sacrificio o daño especial²⁹, derivado de la quiebra del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la Const. Nac.), y que el afectado no está obligado a soportar³⁰.

III. LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO

1. Origen y fundamentos

La teoría del riesgo, de origen francés, desarrollada por el Consejo de Estado a principios del siglo XX movido por el deseo de proteger a las víctimas del daño³¹, fue receptada en nuestro derecho a través de la reforma de la ley 17.711 del año 1968 en el

25 CASSAGNE, *op. cit.*, t. I, pp.555 y ss. y PERRINO, *La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita...*, *cit.*

26 PERRINO, Pablo E., "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp.59 y ss.

27 VÁZQUEZ FERREYRA, *ob. cit.* p.193 y COMPANUCCI DE CASO, Rubén H., "Fundamentos de la responsabilidad Civil: culpa y riesgo", en la obra colectiva *Derecho de Daños*, La Rocca, Bs. As., 1989, p. 57.

28 PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio*, ED, 185-781.

29 La teoría del sacrificio especial constituye una construcción desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 180:107; 310:943; 316:397; 319:2658, entre otros). Así, en el caso *S. A. Corporación Inversora Los Pinos c/Municipalidad de la Ciudad de Bs. As.*, registrado en Fallos: 293:617, el alto tribunal fundamentó la responsabilidad lícita del Estado con estas palabras: "... el sacrificio impuesto en forma particular a la actora en beneficio de la comunidad, no es propio que sea soportado únicamente por aquélla; lo contrario sería en desmedro del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional"; v., BIANCHI, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Abaco, Bs. As., 1999, pp.55 y ss.).

30 El recaudo concerniente a la ausencia del afectado del deber jurídico de soportar el daño para que proceda la responsabilidad lícita del Estado fue exigido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "*Columbia SA. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina*", decidido el 19-5-92 (Fallos: 315: 1026; v., COVIELLO, Pedro J.J., "El caso Columbia: nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales normativos", *Rev. de Der. Adm.* N° 9/11, p.139 y ss.). CASSAGNE, considera que, en rigor, en estos casos el factor de atribución es la ausencia del deber de soportar el daño. ("Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración", LL, supl. diario del 28-7-05).

31 SEMPÉ, Françoise, *La responsabilidad extracontractual de la Administración en Francia*, *cit.* p. 985.

art. 1113, 2º párrafo, 2ª parte del Código Civil, mediante un texto que ha dado lugar a distintas interpretaciones³².

Este factor de atribución de carácter objetivo se ha sustentado en tres criterios diferentes³³:

a) *Teoría del riesgo creado*: considera que quien es dueño o guardián de cosas riesgosas, o realiza actividades que por su naturaleza o forma en que se la realiza, genera riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que de ellos derivan. Según este criterio debe responder quien introduce en la comunidad alguna situación que potencia o multiplica la posibilidad de producir daños³⁴.

b) *Teoría del riesgo beneficio*: este criterio acota la responsabilidad³⁵ para el dueño o guardián de la cosa.

c) *Teoría del acto anormal*: limita la doctrina del riesgo creado ya que postula que quien ocasiona un riesgo solo responde por sus consecuencias extraordinarias, resultantes de una actividad fuera de lo normal³⁶.

La mayoría de nuestra doctrina y numerosos pronunciamientos judiciales entienden que el art. 1113, 2º párrafo, 2ª parte del Código Civil aceptó la doctrina del riesgo creado³⁷, ya que en él se hace responsable al sujeto que ha introducido en la sociedad la fuente de peligro, sin importar si obró en forma dolosa o culposa.

2. ¿Quiénes responden?

De acuerdo al art. 1113, 2º párrafo de la legislación Civil los sujetos responsables son el dueño o propietario de la cosa y su guardián.

Si bien la noción de dueño no presenta dificultades, ya que es tal el sujeto titular del derecho real de dominio sobre la cosa, no acontece lo mismo con el concepto de guardián, sobre el cual la doctrina ha elaborado numerosos criterios³⁸.

32 V., PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983, pp.310 y ss.

33 PIZARRO, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 3-A, dirigido por BUERES, Alberto J. y coordinado por HIGHTON, Elena, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 498-499.

34 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 398-399.

35 ZAVALA DE GONZÁLEZ, *op. cit.*, t. 4, pp. 400-403.

36 PIZARRO, *Código Civil y normas complementarias. Análisis...*, cit., t. 3º, p. 499.

37 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, N° 53, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1971, pp.128 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, N° 1020-1031, 3º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, pp. 354-357; BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, N° 138, Perrot, Buenos Aires, 1971, pp. 213 y 214; GARRIDO, Roque F., *El art. 1113 y la inversión de la carga de la prueba*, JA, doctrina, 1971, pp.265 y ss.; ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad civil*, N° 119 a 122, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, pp.106 y ss.; PIZARRO, Ramón D., *Código Civil y normas complementarias. Análisis...*, cit., p. 543; GALDÓS, Jorge Mario, “¿El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código Civil de VÉLEZ SARFIELD?”, *Separata de homenaje a Dalmacio VÉLEZ SARFIELD*, t. II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, pp.427 y ss.

38 Ellos son los siguientes: a) guarda material, b) guarda jurídica, c) guarda intelectual o poder de mando, d) guarda provecho, y d) doctrinas mixtas que combinan elementos de las anteriores (v., PIZARRO, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa cit.*, pp.379 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, t. 5, dirigido por BELLUSCIO, Augusto C. y coordinado por ZANONI, Eduardo A., Astrea, Buenos Aires, 1984, pp. 470 y ss.).

Más allá de ello, lo cierto es que el citado precepto de la legislación civil contiene dos pautas de suma relevancia para delimitar la noción de guardián de la cosa. Así, en su primer párrafo se dispone que es responsable quien “se sirve” de la cosa (guarda-provecho) y quien la “tiene a su cuidado” (guarda-control)³⁹.

3. Naturaleza de la obligación de resarcir

En cuanto a la naturaleza de la obligación de resarcir que pesa sobre los responsables, la doctrina mayoritaria afirma que es de carácter concurrente⁴⁰, lo cual implica que surgen frente a la víctima dos relaciones jurídicas obligatorias y diferentes, si bien conexas y vinculadas: la del dueño y la del guardián. El damnificado, por ende, tiene la posibilidad de accionar contra ambos o elegir uno de ellos.

4. Eximentes de responsabilidad

Según lo dispone el art. 1113, 2° y 3° párraf. del Código Civil, el dueño o guardián de la cosa sólo se eximen de responsabilidad si acreditan la intervención de una causa ajena al riesgo o vicio de la cosa, tales como (i) el hecho de la propia víctima, (ii) de un tercero por quien no deben responder (2° párrafo del precepto citado) o (iii) cuando la cosa fue usada contra la voluntad del dueño o guardián (último párrafo del artículo de referencia).

A pesar de que no se lo menciona en el art. 1113 del Código Civil, se entiende que el caso fortuito, cuando es externo a la cosa productora del daño, también constituye una causal de exención de la responsabilidad, pues en tal caso se produce la interrupción del nexo causal (arts. 513 y 514 del Código Civil)⁴¹.

IV. APLICACIÓN JUDICIAL DEL FACTOR RIESGO A LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

Explicados los lineamientos de la responsabilidad por riesgo creado receptada en nuestra legislación civil y previo a efectuar algunas consideraciones acerca de la aplicación de la teoría del riesgo al ámbito estatal, efectuaremos una pequeña reseña de casos en los que se condenó al Estado con arreglo a dicho factor de atribución⁴².

39 V., ZABALA DE GONZÁLEZ, *op. cit.*, t. 4, p. 597 y PIZARRO, *Código Civil y normas complementarias...*, cit. t. 3°, pp. 526-528.

40 MOSSET ITURRASPE, “Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo creado”, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, t. I, 1980, p. 66; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, N° 2609, 3° ed., t. IV-A, p. 560; TRIGO REPRESAS, Félix A., en CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. IV, 3° ed., 1994, p. 705; BORDA, *Tratado de derecho Civil. Obligaciones*, N° 1470, t. II, 4° ed., 1976, pp. 344-345, d); PIZARRO, *Código Civil y normas complementarias...*, cit. t. 3°, p. 539.

41 TRIGO REPRESAS, Félix A., y COMPANUCCI DE CASO, Rubén, *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*, t. 2-B, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pp.358 y ss.

42 En más de una ocasión la Corte Suprema de Justicia ha resuelto que el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado (considerando *lato sensu*) la obligación de colocarlos en

1. Daños provocados por la caída de árboles

Son muy numerosos los casos en los que se ha condenado al Estado⁴³ por los daños ocasionados por la caída de árboles en la vía pública, por entenderse que él es su dueño o guardián, en los términos del 2º párrafo del art. 1113 del Código Civil, y tiene a su cargo el cuidado, mantenimiento, conservación y reparación⁴⁴.

2. Daños ocasionados por el mal estado de aceras,⁴⁵ calles y rutas

Se ha condenado al Estado por perjuicios derivados de baches, pozos⁴⁶, excavaciones⁴⁷, levantamiento pronunciado de la carpeta asfáltica⁴⁸, montículos que afectan la circulación sin estar debidamente señalizados⁴⁹, adoquines sueltos en la calzada⁵⁰, obstáculos

condiciones de ser utilizados sin riesgos. (Causa *BULLORINI, Jorge Alberto y otro c/ Córdoba, Provincia de*, sent. del 1-03-94, Fallos: 317:144).

43 Respecto a la condición del Estado de propietario de los árboles que se hallan en la vía pública se ha resuelto, con cita de Miguel S. MARIENHOFF, que al estar allí emplazados representan un accesorio del dominio público. Con base en ello se ha afirmado que es la municipalidad quien debe tomar las precauciones que resulten necesarias para salvaguardar la integridad de las personas y cosas que podrían resultar dañadas por bienes que pertenecen o son accesorios del dominio público (CNCiv., Sala H, causa *MARLES, Benito c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, sent. del 09-05-2000, LL 2001-B, 425).

44 CNCiv. Sala F, causa *CARUSSO DE REBOREDO, Inés y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, sent. del 24-07-1979, ED, 85-262, Sala A, causa *PÉREZ, Danilo D. C. Municipalidad de la Capital*, sent. del 05-07-1985, LL 1985-D- 278; Sala M, causa *HAMICHA, Blanca R. c. Municipalidad de Buenos Aires*, sent. del 14-09-1998, LL 1999-C- 61, y CFed. San Martín, causa *BAEZ, Gabriel y otro c/Municipalidad de San Isidro y otra*, sent. Del 10-11-98, JA 1999-II, p.192, con nota de MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Sensibilidad frente a las "villas": deberes municipales con los asentamientos precarios*, p.203.

45 Al respecto la CNCiv., Sala F sentenció que, si bien es cierto que la municipalidad es la propietaria de la acera, siendo éstas de dominio público del Estado Municipal y que las distintas municipalidades tienen la obligación de construirlas y conservarlas en buen estado, también es cierto que el municipio ha delegado la responsabilidad primaria y principal de la construcción, mantenimiento y conservación de las veredas a los propietarios frentistas. No obstante esta delegación, la municipalidad guarda para sí el ejercicio del poder de policía que le impone el deber de asegurar que las veredas tengan una mínima y razonable conformación, para evitar que la deficiente conservación de la cosa, se transforme en fuente de daños para terceros. Por tal razón, la responsabilidad que pueda atribuirse a un frentista no releva la correspondiente al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Causa *PESCIO, Lucía María, c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios*, sent. del 30-04-2001, ED, 194-588).

46 La Cam. Nac. Civ., Sala D, condenó al Gobierno de la Ciudad a indemnizar el daño sufrido por el actor al caer en la acera debido a la presencia de un pozo -en el caso, causado por el derrumbe de un árbol- que no había sido reparado, pues, entendió, que tal daño era el resultado de actos derivados de la puesta en la vida social de un riesgo suplementario a los ya existentes, lo que contribuyó a repotenciar la eventualidad dañosa Causa *GALLINO, Filomena T. c/ G.C.B.A.*, sent. del 5-9-01, LL 2002 C, 52-103581).

47 En tal sentido se ha resuelto que una excavación abierta en una calle, carente de las elementales medidas de seguridad, constituye una cosa riesgosa o peligrosa en los términos del art. 1113 CC. Por tanto, los daños originados por el aludido riesgo deben ser reparados por el dueño, la municipalidad, el titular del dominio público de las calles y por el guardián de la obra (CCiv. y Com. Morón, sala II, 26-02-1987, NEVES PEREIRA, Eugenio c. Municipalidad de Morón y otra, JA, 1988-I, p. 72, síntesis).

48 Causa *BULLORINI, Jorge Alberto y otro c/ Córdoba, Provincia de*, sent. del 1-03-94, Fallos: 317: 144.

49 La CCiv y Com de Mar del Plata ha fallado que si de la prueba agregada se concluye que existía una apertura del pavimento y montículo de tierra en una avenida al momento del accidente, no existiendo valla ni señalización alguna, el municipio debe responder por ser dueño de la cosa pública, en el caso la vía pública. Por dueño debe entenderse al titular del derecho real de dominio definitivo en el art. 2506 del CCI. También la Empresa contratada y el contratista son responsables por ser guardianes de la cosa en los términos del art. 1113 2da. parte del Código Civil. (Causa *PERKINS, Arnaldo c/ ROSSI, Obsulio s/ Daños y perjuicios*, sent. del 9/1097; v., CCiv. y Com de Azul, causa *GÓMEZ, Liliana H., c. Municipalidad de BENITO, Juárez y otro*, sent. del 1-07-1997, LLBA 1997, 1370 y CCiv

los en la vía pública⁵¹, tapas de desagües pluviales y alcantarillas faltantes o en mal estado⁵², aperturas de zanjas efectuadas por empresas concesionarias de servicios públicos⁵³, etc.

3. Trampolines instalados por un municipio en una playa que ocasionan daños a un bañista

La Corte nacional condenó a la Municipalidad de Puerto Madryn y a la Provincia de Chubut por los daños sufridos por un nadador al saltar de un trampolín instalado en la playa por el municipio demandado. El tribunal entendió que si bien el trampolín era una cosa inerte, por las condiciones donde fue instalado cabía considerarlo como cosa riesgosa y, aún viciosa, en relación con el uso al cual estaba destinado. La Corte hizo responsable de los perjuicios al municipio porque no obstante ejercer el poder de policía sobre la playa, que le había sido delegado por una ley local, no había adoptado medidas de seguridad destinadas a prevenir a los usuarios sobre las peligrosas condiciones de emplazamiento de los trampolines y a la provincia por su condición de titular del

y Com de Familia y del Trabajo de Río Tercero, causa *SANDRONE, Dolly o DOLI, Margarita c. Municipalidad de Hernando y otros*, sent. del 15-10-1998, LL 1999-C, 740 y en LL 1998, 1498).

50 “Es responsable la Municipalidad por las lesiones sufridas por un peatón como consecuencia de la mordida de un adoquín suelto por parte de un vehículo que hizo que éste saliera proyectado contra el peatón, ya que está a cargo de la Comuna el mantenimiento de la calzada” (CNCiv. y Com. Fed., sala II, causa *MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Eudaldo c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, sent. del 14-9-84, ED, 113-134).

51 El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires fue condenado por los daños producidos por un “lomo de burro” no autorizado y sin señalizar y que ocasionó lesiones a un motociclista, toda vez que está a su cargo el control y conservación de las calles de la ciudad, evitando que la deficiente conservación o la existencia de vallas u obstáculos autorizados o no, se transformen en una fuente de daños (CNCiv., Sala F, causa *B., F. O. y otro c. GCBA*, sent. del 4-07-2001, LL 2001-F, 566).

52 Así se ha resuelto que la rejilla metálica que forma parte de las instalaciones de una empresa distribuidora de energía eléctrica como respiradero de un centro de transformación subterráneo ubicada en la vereda, no es de por sí generadora de riesgo, sino que adquiere el carácter de cosa peligrosa o viciosa por la forma en que ha sido construído, esto es por encontrarse elevada unos centímetros del nivel de la vereda, perjudicando de ese modo el normal tránsito de las personas por el lugar. Si la cosa cuyo riesgo o vicio produjo el daño se encontraba en la vía pública -en el caso, lesiones al tropezar con una rejilla metálica- y en tanto las aceras forman parte del Estado y se encuentran bajo la guarda de la Municipalidad, es éste el factor de imputación jurídica para que aquélla responda por el perjuicio ocasionado en la órbita del art. 1113 del Cód. Civil, pues era su deber mantener en condiciones la vereda para evitar perjuicios a terceros, tanto dentro de las funciones de policía que le atañen como por ser la vía pública parte del dominio público del Estado (Cam. Nac. Civ., Sala H, causa *MOLTEDO DE DICKSON, Nelly M. c/ Empresa Distribuidora Sur S.A. y otro*, sent. del 25-4-01, LL 2001 D, 692-102428; conf. Sala I, causa “Cabral de Sava Librada c/OSN”, LL 1997-B, p. 797).

53 Al respecto, la CNCiv., Sala G, expresó que caminar por la vereda, aunque sea por un lugar conocido, no implica aceptar un altísimo riesgo de dañosidad o ni puede considerarse temeraria la conducta que provoca serias lesiones físicas y psíquicas. Por lo tanto, no es legítimo presumir que la víctima haya querido sufrir el daño, máxime al recordar que la falta a la que alude el art. 1111 CC. no es, en principio, sinónimo de culpa, más bien de infracción y no hay vestigio de ésta en el hecho de caminar por la vía pública. La aceptación del riesgo que entraña caminar por una vereda atravesando una zanja por una precaria cubierta no puede generar la exención de responsabilidad de quien generó el riesgo al dejar la obra sin protección suficiente. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no puede autorizar la apertura de zanjas y desentenderse totalmente de los daños que se produzcan, so pretexto de que la responsabilidad recae sobre la empresa que realiza el trabajo. La cosa no está independizada del control absoluto del titular del dominio público (arts. 2339 y 2340, inc. 7 CC.), toda vez que éste tiene el deber de controlar que las obras en la vía pública se realicen en condiciones tales que las personas puedan transitar por ella sin peligro. (Causa *ARGIBAY, Haydée v. Telecom Argentina S.A. y otro*, sent. del 22-09-1997, LL 1998-II, 175).

dominio de la playa (art.2339 y 2340, inc. 4 del *Código Civil*), lo cual implica el de las cosas accesorias instaladas en ella (arts. 2315, 2328 y 2571 del código citado)⁵⁴.

4. Perjuicios producidos a raíz de la caída de parte de la mampostería de un monumento público y la demolición de un inmueble

La Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil⁵⁵ condenó al Estado Nacional en su condición de guardador de la estructura y conservación de la Catedral de Buenos Aires por los daños ocasionados a un transeunte por la caída de parte de la mampostería del edificio⁵⁶. A su vez, la Sala C de la misma cámara condenó a la ex municipalidad de Buenos Aires por los daños sufridos por un automóvil a raíz de la demolición de un inmueble de su propiedad para la construcción de una autopista, como así también y en forma solidaria, a la empresa contratista encargada de las demoliciones⁵⁷.

5. Perjuicios ocasionados por el mal funcionamiento de ascensores en edificios públicos

En más de una ocasión se ha condenado al Estado con basamento en el art. 1113, 2º párrafo, 2ª parte, del Código Civil, por los daños ocasionados por el mal funcionamiento de ascensores en edificios públicos⁵⁸.

6. Daños provocados por explosivos

Se ha considerado responsable a la Dirección General de Fabricaciones Militares, en forma concurrente con el Ejército Nacional, por su condición de fabricante de una granada que explotó durante la realización de ejercicios militares ocasionándole daños al actor, cadete del Colegio Militar, con fundamento en el factor de atribución objetivo encuadrado en el art. 1113 Código Civil que consagra el deber de responder por el vicio de las cosas y por las circunstancias de haber creado un riesgo al lanzar al mercado aquel producto defectuoso⁵⁹.

54 Fallos: 315:2834 y en JA 1994-II, p. 262, con nota de LORENZETTI, Ricardo L., *El riesgo y el daño a la persona en la Corte Suprema*, p. 269.

55 Causa PÉREZ GARRIDO DE SÁNCHEZ LUCCA, María I. c/Arzobispado de Buenos Aires, ED, 168-96.

56 Es interesante destacar que en la causa no se condenó al Arzobispado de Buenos Aires porque se entendió que se había operado el desplazamiento de la guarda y, por tanto de la responsabilidad, en virtud de la ley 12.665 que confiere al gobierno federal la conservación y custodia de los Monumentos, Museos y Paseos o Lugares Históricos, entre los que se encuentra el nombrado edificio (art. 4 de la ley citada y decreto reglamentario 120412/42).

57 Causa BLOOMFIELD, J. A. C. *Autopistas Urbanas S.A. y otros*, sent. del 26-04-1983, ED, 104-747.

58 Cam. Nac. Civ., sala C, 11/5/1993, causa MURATONA, Lidia E. v. *Municip. de Buenos Aires*, JA 1994-IV-síntesis; C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3º, 02-10-2002, - MORENO, Ilda Catalina R. v. *Hospital General de Infecciones F. J. MUNIZ y otros s/daños y perjuicios*; C. Nac. Civ. y Com. Fed. Sala II, causa D. de P., M. S. y otros c. *Banco Hipotecario Nacional y otros*, sent. del 20-03-1997, LL, 1998-E, 758 y DJ 1999-2, 361.

59 Cam. Civ. y Com. Fed. Sala III, causa PLIAUZER, Juan P. c/ *Estado Nacional*, sent. del 17-8-00, JA 2001 I, 275.

7. Daños provocados por el uso de armas de fuego por parte de policías o integrantes de fuerzas de seguridad, aún en franco de servicio

Los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo que concierne a la responsabilidad estatal por perjuicios ocasionados por el uso de armas de fuego por parte de policías o integrantes de fuerzas de seguridad⁶⁰ no es uniforme, ya que en algunas ocasiones -de disímiles características- se la ha sustentado en el art. 1112 del Código Civil⁶¹, y en otras (en la mayoría de los casos) en el art. 1113, 2° párrafo, 2ª parte del Código Civil, ya sea por el carácter riesgoso del arma suministrada por la repartición⁶² como en el de la actividad desarrollada⁶³.

La tendencia jurisprudencial mayoritaria postula incluso la responsabilidad estatal cuando el agente actúe en franco de servicio⁶⁴, en virtud de la obligación que tienen de actuar en cualquier momento a fin de prevenir la comisión de delitos y, en consecuencia, a portar el arma reglamentaria en todo momento.

Con base en dicha circunstancia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en numerosas ocasiones que resulta lógico admitir que los perjuicios que de ello deriven sean soportados por la comunidad en general y no solo por los damnificados, pues si la protección pública genera riesgos, lo más justo es que esos riesgos sean soportados por todos los que se benefician con ella.

Asimismo, ha sostenido que la función de policía de seguridad exige la preparación técnica y síquica adecuada de sus integrantes para preservar racionalmente la integridad de todos los miembros de la sociedad y de sus bienes⁶⁵.

Cabe destacar que en algunos casos en los que el obrar del agente estaba desvinculado de la función y en franco de servicio se ha admitido la exoneración de responsabilidad

60 En algún supuesto, debido a las particularidades de la causa se ha eximido al Estado de responsabilidad. Así por ejemplo la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la demanda de daños y perjuicios causados por un disparo de arma de fuego a quien, usando un arma intentó robar, porque entendió que el agente policial interviniente adoptó las diligencias que pueden considerarse razonablemente exigibles en atención a las circunstancias de tiempo y lugar en que se produjo el suceso (causa G. 251. XXIII, *GÓMEZ, Javier Horacio c/ QUIRÓZ, Alfredo y Estado Nacional (Policía Federal)*, sent. del 30-06-98, Fallos: 321:1776).

61 Así, por ejemplo en los precedentes: *VELASCO ANGULO, Isaac c/ Buenos Aires, Provincia de*, sent. del 15-09-87 (Fallos: 310: 1826); *LOZANO GÓMEZ, Juan Carlos c/ Buenos Aires, Prov. de*, sent. del 12-5-92 (Fallos: 315:968 y en la Rev. de der. Adm. N° 12/13, p. 151, con nota de GONZÁLEZ ARZAC, Rafael M., *Responsabilidad del Estado por daños con armas disparadas en cumplimiento regular de la función policial*, p.133 y ss.); *REBESCO, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina (Estado Nacional - Ministerio del Interior)*, sent. del 21-03-1995 (Fallos: 318:385), en los cuales a pesar de que el comportamiento policial dañoso fue considerado lícito, se invocó el art. 1112 de la legislación civil que es el sustento normativo de la falta de servicio. También se citó este precepto por en pleitos en los cuales el accionar policial fue reputado irregular. Así por ejemplo en la causa *MORALES, María Beatriz c/Prov. de Buenos Aires* (Fallos: 315:1902).

62 Cam.1° de Apel. Civ. y Com. La Plata, Sala 2, causa *HEINE, José Luis c/Gob. Prov. de Buenos Aires*, sent. del 24-2-91, Base de datos JUBA.

63 CSJN causa *BALBUENA, Blanca Gladys c/Prov. de Buenos Aires*, sent. del 5-7-94, Fallos: 317: 727; causa *FURNIER, Patricia M. c/Prov. de Bs.As.*, sent. del 27-9-94, Fallos: 317:1006; causa *SCAMARCIA, Mabel y otro c/Prov. de Buenos Aires y otro*, sent. del 12-9-95, causa I. 117 XXV, *IZAURREALDE, Roque Rafael c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios*, sent. del 31-8-99, Fallos: 322:2002 (en este último pronunciamiento si bien se adujo, como en las decisiones anteriores, que la actividad policial era de índole riesgosa, el tribunal invocó el art. 1112 y no el art. 1113 del Código Civil); ver también: CCiv. y Com. La Plata 2°, Sala II, causa *MONTORRO, Salvador y otro c. MIRANDA, Oscar R. y otro*, LL 1985-C, p. 319, con nota de GHERSI, Carlos Alberto, *Responsabilidad del Estado por actos dañosos de sus dependientes (artículo 1113 del Código Civil)*.

64 V., fallos citados en la nota anterior.

65 V., fallos citados en la nota 43.

del Estado⁶⁶ afirmándose que no basta para condenarlo su condición de titular del arma empleada, pues según lo dispone el art. 1113, 2ª parte, el dueño de la cosa puede exonerarse acreditando su falta de culpa⁶⁷.

8. Perjuicios ocasionados a raíz de la muerte de un menor producida por la utilización de un muelle en mal estado

La Sala 1ª de la Cámara Civil y Comercial II de La Plata condenó a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Chascomús por la muerte de dos personas (padre e hijo) ocasionada por la utilización de un muelle en mal estado construido sobre el Río Salado.

La alzada consideró que el muelle, cuyo constructor se ignoraba, ubicado sobre un campo privado, por el hecho de estar adherido físicamente al cauce de un bien del dominio público, como era el río Salado, tenía esa misma condición y generaba la responsabilidad de la provincia en los términos del art. 1113, 2ª parte, 2º párrafo, del Código Civil⁶⁸.

A su vez, el municipio fue condenado por la omisión en el ejercicio de los poderes de vigilancia, control y conservación del lugar que tenía a su cargo.

9. Daños producidos por la circulación de automotores oficiales⁶⁹

En múltiples precedentes la Corte Suprema de la Nación ha resuelto que en el supuesto de accidentes en los que intervienen dos o más automotores la sola circunstancia de la existencia de un riesgo recíproco no excluye la aplicación de lo dispuesto en el art. 1113, párrafo 2º del Código Civil, que regula lo atinente a la responsabilidad por el hecho de las cosas y, de tal suerte, se crean presunciones de causalidad concurrentes como las que pesan sobre el dueño o guardián, quienes deben afrontar los daños causados a otros salvo que prueben la existencia de factores eximentes⁷⁰.

66 Conf. MATA, Ismael, "Responsabilidad del Estado por ejercicio del poder policía", obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ciencias de la Administración*, Buenos Aires, 2001, p. 180.

67 En este caso el disparo del arma que culminó con la muerte de la víctima se había producido por un integrante de la Prefectura Naval en franco de servicio a raíz de una discusión familiar (CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa CASTELLANO, Carlos R. y otro c/NIEVAS, Jorge L. y otro, LL 1994-A, p. 411 y CSJN causa "Izaurrealde," antes cit., disidencia del juez Vázquez, y CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa CIVILOTTI, Julio O. y otro c/ VEGA, Juan M. y otro, sent. del 15-4-97, LL 1998-C, p. 201, con nota de BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ¿La responsabilidad extracontractual del Estado es indirecta y subjetiva o directa y objetiva?". En este último pronunciamiento si bien la alzada descartó como en el caso "Castellano" la responsabilidad estatal por la sola condición de ser el titular del arma homicida (art. 1113, 2º párrafo del Código Civil) y por la existencia de culpa in eligendo o in vigilando, concluyó que en el caso mediaba una responsabilidad indirecta y tangencial responsabilidad de la Prefectura en cuanto habría una dosis de causalidad en el hecho de obligar a portar el arma reglamentaria en forma permanente y fuera del ámbito específico de su función a personas que -tal vez- aún no poseen un grado de maduración suficiente para ejercer semejante responsabilidad y asumir sus consecuencias.

68 Causa B.84.358, *Dobronich de Seoane c/Provincia de BS. As. s/daños y perjuicios*, sent. del 26-6-97.

69 CSJN, causa V., R. E. c. *Provincia de Buenos Aires y otro*, sent. del 10-04-2003, LL 2003-E, 416 y en DJ 2003-2, 1109.

70 Causa MORENO, Francisca N. c/Prov. de Buenos Aires, sent. del 9/3/04, ED, supl. de Der. Adm. del 30-7-04, y sus citas. En este caso el vehículo del actor fue embestido por un móvil policial que circulaba a gran velocidad con las balizas y sirenas encendidas.

10. Red de vóley colocada peligrosamente

Se ha condenado a la Provincia de Buenos Aires por los daños sufridos por un alumno de un establecimiento escolar ocasionado por la existencia de una red de volley con un cable de acero que se encontraba colocado en forma peligrosa ya que estaba tenso a la altura de la cabeza de los niños⁷¹.

V. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO A LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

Después de haber examinado los rasgos esenciales del régimen de la responsabilidad del Estado, como la regulación positiva del factor de atribución riesgo y el casuismo jurisprudencial, cabe ahora efectuar algunas reflexiones acerca de la aplicación de la teoría del riesgo al campo estatal.

Comenzaremos con algunas consideraciones que son comunes a los supuestos en los que el perjuicio es atribuible a un sujeto privado, para después realizar algunos comentarios respecto de la forma en que se aplica el art. 1113, 2º párrafo en el caso de daños ocasionados por cosas de titularidad o guarda estatal.

1. Reflexiones comunes a los daños originados por sujetos públicos o privados Amplio alcance del art. 1113, 2º párrafo, 2ª parte, del Código Civil

La primer observación que efectuamos se vincula con la generosa y amplia aplicación que se realiza del factor de atribución riesgo creado, cualquiera sea el sujeto (público o privado) autor del daño.

Como hemos señalado anteriormente, un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia comparten una conceptualización muy amplia de lo que se debe entender por “riesgo de la cosa”⁷² que, en rigor, supera la letra del art. 1113, 2º párrafo, 2ª parte, del ordenamiento civil, como ocurre, por ejemplo, con las denominadas actividades peligrosas o riesgosas⁷³.

71 Así se expresó que pesa sobre el establecimiento escolar un deber de seguridad, el que hace necesario un control estricto por parte del docente en los lugares en que están los niños (aulas, pasillos, baños, etc.) de modo que la presencia del mismo constituya un llamado de atención para quién hiciere algo inoportuno. Al respecto, la existencia de una red de volley con un cable de acero dejado tenso a la altura de la cabeza de los alumnos cuando éstos estaban en recreo constituía un peligro cierto para éstos, lo cual exigía que se retirara la red o a lo menos levantar o destensar la banda inferior. Es que tratándose de niños de ocho (8) años, sin responsabilidad legal (art. 921 Cód. Civil) por carencia de discernimiento, no bastaban recomendaciones de “prudencia” o que supieran de la existencia de la red. En consecuencia, acontecido el daño, aún cuando para él hubiere contribuido la distracción de la víctima, frente al riesgo creado ha de responsabilizarse plenamente al establecimiento y su personal docente (art. 902 y 1113 Cód. Civil). (CCiv. y Com. San Nicolás, causa *ROSSI, José, RUFINO c/ Provincia de Buenos Aires (Dirección de Escuelas) s/ Daños y perjuicios*, sent. del 22-3-94, DJBA t.148, p. 53 y en JA 1995- I, p. 253).

72 V., GALDÓS, Jorge Mario, *¿El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código Civil de Vélez Sarsfield?*, t. II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, pp.428 y ss.

73 V., LORENZETTI, Ricardo Luis, “Estudio sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado en el derecho argentino”, publicado en la obra colectiva *Derecho de Daños*, t. I, dirigida por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y coordinada por PARELLADA, Carlos A., Ediciones la Rocca, Buenos Aires, 1993, pp.347 y ss. En el despacho mayoritario elaborado en las Jornadas Bonaerenses, llevadas a cabo entre el 27 al 29 de octubre de 1994 en la ciudad

Por otro lado, se entiende casi sin vacilaciones que la cosa productora de riesgo, en los términos del citado precepto de la legislación civil, es aquella que en función de su naturaleza o según su modo de utilización, genera riesgos a terceros⁷⁴, por lo que aún una cosa inerte -la que considerada en si misma puede no ser peligrosa- en ocasiones, en función de las circunstancias del caso, puede alcanzar ese carácter⁷⁵.

Así, Pizarro⁷⁶ afirma que cuando el art. 1113 hace alusión a los daños por el riesgo de la cosa comprende con amplitud tres categorías:

- daños causados por cosas que son, por su propia naturaleza, riesgosas o peligrosas;
- daños causados por el riesgo de la actividad desarrollada mediante la utilización de una cosa que, no siendo peligrosa o riesgosa por naturaleza, ve potenciada su aptitud para generar daños por la propia conducta del responsable, que multiplica o aumenta la posibilidades de dañosidad.
- daños causados por actividades riesgosas, sin intervención de cosas.

Pero, además, como destaca Galdós⁷⁷ se ha diluido la línea divisoria que efectúa el 2º párrafo del art. 1113 del Código Civil entre los llamados daños causados con las cosas respecto de los causados por el riesgo o vicio de la cosa, produciéndose una suerte de equiparación de los primeros con los segundos.

Recordemos que la norma citada efectúa una relevante distinción entre dos tipos de responsabilidad derivadas de la intervención de cosas:

a) Daños causados con las cosas (1ª parte del 2º párrafo del art. 1113), el cual acontece cuando se provoca un daño por la intervención activa de una cosa y el perjuicio no proviene de su riesgo o vicio. En estos supuestos rige una presunción *iuris tantum* de culpa del dueño o guardián. La responsabilidad es de base subjetiva, similar a la consagrada en el art. 1109 del Código Civil ya que cesa si el dueño o guardián demuestran que no fueron culpables⁷⁸.

b) Daños causado por el riesgo o vicio de la cosa (2ª parte del 2º párrafo del art. 1113 del Código Civil). En estos casos el daño deriva del riesgo o vicio de la cosa. A diferencia del supuesto anterior, se trata de un caso de responsabilidad objetiva. No hay aquí una presunción de culpa sino de causalidad.

Como puede advertirse la distinción no es intrascendente, pues son diferentes las naturalezas y los requisitos que deben configurarse en ambos casos.

A pesar de ello, en los hechos la primera de las categorías mencionadas ha visto reducida sustancialmente su ámbito de aplicación.

de Junín, se concluyó que “el art.1113 del código civil comprende las actividades riesgosas aunque no hayan sido utilizadas cosas en la causación del perjuicio”. En cambio, en el despacho de la minoría se expresó que dicho precepto “sólo se refiere al riesgo creado proveniente de una cosa, y no comprende por extensión al que resulta de la actividad riesgosa realizada sin intervención de cosas” (JA 1995-II-995). En contra de la interpretación amplia del art. 1113, 2º párrafo se han expresado TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. III, La Ley, Bs. As., 2004, pp. 333 y ss.

74 SCBA, L.44069, “CONTI, Oscar y ARIAS, Francisco s/indemnización por daños y perjuicios”, sent. del 17/12/91, base de datos JUBA, sum. B.41.781.

75 LORENZETTI, *op. cit.*, pp. 346-347 y GALDÓS, *op. cit.*, p. 448.

76 *Código Civil y normas complementarias...*, *cit.*, t. 3º.

77 *¿El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código Civil de Vélez Sarsfield?*, *cit.*, pp. 475-477.

78 PIZARRO, *Código Civil y normas complementarias...*, *cit.*, t. 3º, pp. 520-521.

2. Reflexiones respecto de la responsabilidad estatal por riesgo

En lo que concierne estrictamente a la responsabilidad estatal, el examen de fallos de diversos tribunales permite advertir aplicaciones inadecuadas de la teoría del riesgo, ya sea porque con ella se aprehenden supuestos que en verdad caen en el ámbito del factor falta de servicio⁷⁹, o porque se aplica el art. 1113, 2ª parte, del Código Civil con un alcance desmedido que provoca la expansión excesiva del deber de reparar estatal⁸⁰.

El mismo fenómeno de fuerza expansiva del riesgo creado que lo llevó a limitar significativamente y debilitar el campo de acción de la culpa en el derecho privado, también se aprecia en el ámbito de la responsabilidad estatal con relación a la falta de servicio, que constituye, como ya señalamos, el factor de atribución de mayor entidad.

En efecto, el casuismo jurisprudencial revela que muchos tribunales efectúan una aplicación muy generalizada del factor de atribución riesgo, desplazando incorrectamente el factor falta de servicio, de características muy diferentes.

Si bien en ambos supuestos no es preciso demostrar la culpa o dolo del funcionario⁸¹, la responsabilidad por falta no es una responsabilidad de resultados, sino de medios, de conductas. No basta demostrar el nexo causal y el daño para que el Estado responda por falta de servicio⁸², sino que es menester acreditar el anormal o irregular comportamiento administrativo⁸³, cuya determinación debe realizarse sobre la base de una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los me-

79 En este sentido ver la nota crítica que efectúa Armando N. CANOSA al fallo de la Corte nacional “Pose”, *cit.* “Nuevamente el artículo 1113 del Código Civil y la responsabilidad del Estado”, ED, 157-84.

80 Conf., LÓPEZ MESA, *op. cit.*, p. 463.

81 La culpa o dolo del funcionario no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal por falta de servicio, sino la falta del sistema o del aparato administrativo (V., PERRINO, *La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita, cit.*). Por eso se afirma que la falta de servicio puede ser anónima e impersonal, pues no es preciso individualizar a su autor (DE LAUBADÈRE, André, *Traité de Droit Administratif*, huitième édition, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence”, París, 1980, p.721), y que se trata de una responsabilidad de base objetiva, ya que no es necesario indagar en la subjetividad del funcionario para que aquella se configure (CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. I, pp. 503; 548-551 y *Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración*, LL, supl. diario del 28-7-05; TAWIL, Guido S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 109; MATA, Ismael, *Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía*, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p.176; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Abaco, Buenos Aires, 2001, pp.63 y ss. y BONPLAND, Viviana M., *Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al artículo 1112 del Código Civil)*, LL 1987-A-784 y 786). En cambio afirman el carácter subjetivo de la responsabilidad por falta: HUTCHINSON, Tomás, *Los daños producidos por el Estado*, Jus N° 38, p. 63 y REIRIZ, María Graciela, “Responsabilidad del Estado” en la obra colectiva *El Derecho Administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 226).

82 Esta característica de nuestro régimen de responsabilidad del Estado es común con lo que acontece en los sistemas francés, italiano y alemán (v., MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, pp.177-185 y 258-259) y lo distingue del modelo español en el cual el concepto de lesión y el criterio de la causalidad son los elementos determinantes para la obligación de indemnizar (MARTÍN REBOLLO, Luis, *Puntos de inflexión en la jurisprudencia sobre responsabilidad de la Administración Pública*, trabajo inédito, año 2004).

83 De ahí que en un trabajo anterior hemos señalado que si bien no es preciso demostrar la culpa del funcionario para que sea viable el deber estatal de resarcir por falta de servicio, si lo es acreditar la falta o culpa del “sistema administrativo”, la falta o culpa de la “organización administrativa” (*La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita, cit.*).

dios de que dispone la Administración, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño⁸⁴.

Por otro lado, el estudio de los pronunciamientos judiciales⁸⁵ también pone de relieve que en numerosas ocasiones se ha condenado al Estado en casos en los que, además de no generar la situación de daño, ni obtener ningún provecho o beneficio de la cosa productora del perjuicio, tampoco tenía ningún tipo de control o dominio sobre aquellas, ni medios para evitar la producción del perjuicio⁸⁶.

VI. LA TEORÍA DEL RIESGO Y LA RESPONSABILIDAD ESTATAL DERIVADA DE LA ACTIVIDAD DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS Y DE OBRAS PÚBLICAS

Un ámbito en el cual la aplicación de la teoría del riesgo, en los estrictos términos del art. 1113, 2º párrafo, 2ª parte del Código Civil, produce relevantes consecuencias, ya que expande el deber de reparar del Estado y modifica el principio rector que impera en

84 Causa ZACARÍAS, Claudio H. c/Provincia de Córdoba y otros, sent. del 28-4-98 (LL 1998-C, p. 317, con nota de BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Es responsable la Asociación del Fútbol Argentino por los daños que se generan en ocasión de las competencias que organizan sus entidades afiliadas*, y en J.A t. 1999-I, p. 380, con nota de TRIGO REPRESAS, Félix A., *El caso Zacarías: un fallo con importantes aportaciones, pero no obstante deficitario*).

85 En muchos pronunciamientos condenatorios del Estado parecen primar razones de índole humanitaria y no de índole jurídico.

86 Un buen ejemplo de lo dicho es el fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba en el cual, por mayoría, se condenó solidariamente al Estado Nacional con el autor material del daño a indemnizar la muerte producida, en el marco de una reyerta de vecinos, por un suboficial en retiro efectivo de la Armada con el sable que le fue entregado como parte del uniforme con motivo de su ascenso a suboficial segundo. Sustancialmente fueron tres los argumentos invocados. El primero de ellos, que la situación de retiro del victimario no implicaba la pérdida de su estado militar, con lo cual conservaba, aunque con algunas restricciones, los mismos derechos y deberes que el personal en actividad. Por otro lado, a fin de aplicar el art. 1113, 2º parte del Código Civil, se sostuvo que en virtud del peculiar régimen jurídico del sable suministrado por la fuerza, no era posible afirmar que el victimario era su dueño exclusivo. Finalmente, se expresó que la Armada debía ser responsabilizada por incorporar a sus filas a una persona como el ofensor, al cual al momento de pasar a retiro le entregó el arma letal, sin percatarse del riesgo que creaba para terceros.

Con buen criterio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó dicho pronunciamiento. Para así decidir sostuvo que en el caso no mediaba nexo causal alguno entre el daño y la actividad estatal ya que el autor del homicidio estaba retirado y no prestaba en ese momento funciones para el Estado.

Respecto a la aplicación del art. 1113, 2º parte el tribunal señaló que el sable formaba parte del uniforme de los suboficiales y que, de acuerdo a las reglamentaciones de vestuario, eran de su propiedad. Por ende, era erróneo atribuir responsabilidad al estado por la indebida utilización de una cosa de la que no era su dueño ni estaba bajo su guarda ya que no tenía el manejo ni el empleo de ella.

De todos modos, el tribunal expresó que, aún cuando se entendiera que el sable era de propiedad del estado, la solución no se modificaría porque en el caso se lo habría usado en contra de la voluntad del dueño (art.1113, 3º párrafo del Código Civil), lo cual excluiría la responsabilidad estatal.

Finalmente, la Corte descartó, en atención a las constancias obrantes en el legajo personal del autor material del homicidio, la existencia de culpa in eligendo de la Armada y entendió que la entrega del sable al homicida no fue la causa adecuada de la muerte, según el curso natural y ordinario de las cosas, razón por la cual el Estado no debía responder. Causa DEOCA, Corina del Rosario c/ PAREDES, Fidel Leónidas y Estado Nacional (M. de Defensa de la Nación), sent. del. 30-05-01, Fallos: 324:1701).

este ámbito, es el de la responsabilidad ocasionada por los concesionarios de servicios públicos y de obras públicas⁸⁷.

En efecto, por no estar insertados en los cuadros de la Administración, por regla no puede atribuirse responsabilidad al Estado por los daños derivados de sus contratistas. De ahí que, en principio, no puede comprometer la responsabilidad de la Administración la actividad dañosa de los concesionarios de servicios y de obras públicas⁸⁸.

Por los perjuicios que deriven del ejercicio de la concesión responde en forma directa el concesionario. Ello es así, porque el concesionario no es un órgano estatal y tampoco un dependiente del Estado, sino una persona jurídica distinta que actúa per se, a su cuenta y a riesgo⁸⁹, tal como lo disponen la generalidad de los marcos regulatorios. El resarcimiento de los perjuicios está comprendido en el riesgo propio de la concesión. Por lo demás, la privatización de los servicios públicos implica no sólo el traslado de la gestión de la actividad sino también la de los costos que deben sufragarse por los daños derivados de la prestación⁹⁰. Como se ha expresado, la idea misma de la concesión responde al deseo de separar de la organización propia de la Administración (no en vano la concesión es una forma de gestión indirecta de servicios) la atención de algunas necesidades de interés general⁹¹.

De ahí que, deviene razonable concluir que la traslación de prestaciones a los concesionarios mediante la técnica concesional ha importado, tal como lo determinan la generalidad de los marcos regulatorios de servicios públicos, que sean éstos quienes deben hacerse cargo de las indemnizaciones que antes correspondía al Estado sufragar⁹².

Ahora bien, el principio indicado parece encontrar una relevante excepción en el supuesto de perjuicios ocasionados por concesionarios mediante bienes de propiedad estatal afectados a la concesión.

Téngase presente que en numerosas concesiones de servicios públicos el Estado transfirió bienes de su titularidad al concesionario en condición de tenedor⁹³.

También en los contratos de concesión de obras viales por peaje existen cláusulas en las que se determina que el concedente conserva el dominio de los terrenos y bienes de

87 V., PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados", obra colectiva *Contratos administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pp. 167-169

88 CASSAGNE, *ob. cit.*, t. I, p. 562; COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2º ed. act. y ampl., Buenos Aires, 2003, p. 374; PÉREZ HUALDE, Alejandro, *El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar*, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp.55 y ss.; FARRANDO, Ismael, "La responsabilidad de los prestadores en los marcos regulatorios", publicado en la obra colectiva *Servicios públicos*, DIKE, Mendoza, 2001, pp. 180 y ss.; BUSTELO, Ernesto N., "Responsabilidad del Estado por la actividad u omisión de los entes reguladores de los servicios públicos privatizados", publicado en la obra colectiva *Servicios públicos*, DIKE, Mendoza, 2001, pp. 442-443 y PERRINO, *La responsabilidad del Estado y de los concesionarios ...*, *cit.*, p. 163).

89 SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión de servicios públicos*, 2º ed., Ciudad Argentina, Mendoza, 1999, p. 269.

90 PERRINO, *La responsabilidad del Estado y de los concesionarios ...*, *cit.*, pp.163 y ss.

91 MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1992, pp.132-133.

92 GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 6º ed., cap. XX, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, pp. 8 y ss.

93 Vgr. cláusula 9.2.2. del contrato de concesión del Ferrocarril Transportes Metropolitanos General San Martín S. A., cláusula 6.2.1 del contrato de concesión de Aguas Argentinas, etc.

su propiedad que pone a disposición de la concesionaria, a quien se le transfiere su tenencia y custodia⁹⁴.

Como se comprenderá, la aplicación del art. 1113, 2º párrafo, 2ª parte del Código Civil en los casos de daños ocasionados por dichos bienes tornaría irremediablemente responsable al Estado concedente.

Frente a dicha situación y ante la ausencia de regulaciones legislativas que eximan al Estado del deber de responder en tales supuestos, en algunos pliegos de bases y condiciones y en contratos de concesión⁹⁵ se ha previsto expresamente que, como regla, el concesionario es el responsable ante el Estado y los terceros por todos los daños provocados por la administración de los bienes afectados al servicios y por todos los riesgos y las obligaciones contractuales y extracontractuales inherentes a su operación, administración, mantenimiento, adquisición y construcción.

Asimismo, se ha establecido que el concesionario deberá hacerse cargo de cualquier acción que se ejerza contra la concedente en virtud de la responsabilidad extracontractual del Estado fundada en la potestad para la prestación de los servicios públicos y del pago de las indemnizaciones que ello diere lugar, como asimismo las que surgieren por daños causados a terceros o a sus bienes como consecuencia en ambos casos del obrar de la concesionaria o de las responsabilidades que le son propias en su carácter de prestador de servicios públicos y concesionaria. También se determina que el concedente debe citar como tercero interesado a la concesionaria, la que estará obligada a intervenir en la causa que se origine y garantizar al concedente por el resultado del pleito, debiendo reintegrarle cualquier suma que por cualquier concepto el Estado se viera obligado a pagar o a la que fuera condenado en tales circunstancias.

Según puede apreciarse, la obligación del concesionario de presentarse en el pleito como tercero a fin de asumir el pago de las erogaciones efectuadas por el concedente se establece a fin de mitigar los efectos que derivan de la aplicación del régimen de responsabilidad establecido en la legislación civil.

VII. COLOFÓN: NECESIDAD DE LIMITAR EL CAMPO DE ACCIÓN DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN RIESGO

En nuestro parecer no corresponde aplicar en forma directa y sin cortapisa alguna el art. 1113, 2º párrafo, 2ª parte del Código Civil, establecido para regular un supuesto específico de responsabilidad civil entre sujetos privados, a un ámbito sensiblemente diferente como es el de la responsabilidad de derecho público del Estado⁹⁶, en el cual su

94 Cláusula 16.1 de los contratos de accesos a la ciudad de Buenos Aires.

95 V., Pliego de bases y condiciones para la concesión del servicio de agua, aprobado por la Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones 186/92 contratos de concesión de obra vial de acceso a Buenos Aires (art. 16.8 de los contratos de concesión de obras de los accesos a Buenos Aires).

96 Miguel S. MARIENHOFF con toda claridad expresaba: “la responsabilidad extracontractual” del Estado, cuando este actúa en el ámbito del derecho público, se rige, substancialmente por normas o principios de derecho público, y no por normas o principios de derecho civil. De ahí que el Código Civil no tenga aplicación en tal caso. Ya el Dr. Dalmacio VELEZ SÁRSFIELD advirtió que en el Código Civil sólo se legisla sobre el derecho privado (nota al art. 31)” (Responsabilidad “extracontractual” del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad “licita” desplegada en el ámbito del derecho público (A propósito de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ED, 167-965).

aplicación debe efectuarse mediante la técnica de la analogía⁹⁷, lo cual no autoriza a generalizar los principios del derecho privado para comprender situaciones distintas de las contempladas para situaciones muy diversas⁹⁸.

Ello es así, porque las reglas del régimen de la responsabilidad civil, además de diferir en sus fines⁹⁹ y fundamentos¹⁰⁰ respecto de la responsabilidad estatal, no contemplan la singular posición de la Administración Pública en cuanto titular de prerrogativas asignadas para el logro del bien común, ni la complejidad del obrar estatal y sus consecuencias.

Por lo demás, como señala Cassagne “mientras en el Derecho Civil la responsabilidad mira fundamentalmente el lado de la víctima que sufre daños injustos y la consecuente restitución conforme a criterios pertenecientes a la justicia conmutativa, el Derecho Público (Constitucional y Administrativo) tiene en cuenta los intereses de la víctima, armonizándolos con los del Estado y los ciudadanos, es decir, atiende a las relaciones entre el individuo que padece el perjuicio y la comunidad”¹⁰¹.

97 Así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosas ocasiones (causas *CIPOLLINI, Juan Silvano c/ Dirección Nacional de Vialidad y otra* 2-3-78, Fallos: 300:143; *El Panamericano S.A.C.I. y F. c/ Nación Argentina* 27-5-82, Fallos: 304:721; *MENGUAL, Juan y otra c/ Estado Nacional (M° de Defensa EMGE)*, sent. del 19-10-95, Fallos: 318:1959; *S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado*, sent. del 17-02-98, Fallos: 321: 174; conf. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit. t. I, p. 145; SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “Responsabilidad del Estado en la Provincia de Mendoza”, obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp.381 y ss.). Es que el derecho administrativo constituye una disciplina jurídica autónoma que se autointegra, en tanto se nutre de su propio sistema de normas y principios que difieren en muchos casos de los del derecho privado (RETORTILLO BAQUER, Sebastián M., *El Derecho civil en la génesis del derecho Administrativo y de sus instituciones*, 2° ed. ampliada, Civitas, Madrid, 1996, p. 36; conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 6° ed., Madrid, 1993, p. 40). En este sentido RENATO ALESSI escribe: “La contraposición entre Derecho administrativo y Derecho privado, no debe por otra parte entenderse en el sentido de que el Derecho administrativo constituya un conjunto de normas excepcionales, un sistema jurídico especial, frente al jus commune representado por el Derecho civil. Por el contrario, el Derecho administrativo, respecto a un determinado conjunto de relaciones (precisamente aquellas inherentes al desarrollo de la función administrativa), constituye él mismo un jus commune, es decir un sistema jurídico autónomo, paralelo al Derecho privado. De este hecho se derivan importantes consecuencias: a) en el caso de que existan lagunas en el ordenamiento positivo administrativo, no serán aplicables las normas contenidas en el ordenamiento privado, ni directamente ni por analogía, sino que deberán aplicarse por analogía otras normas contenidas en el ordenamiento administrativo o bien los principios generales. b) a su vez, los principios generales a aplicar en tales casos no deberán extraerse del conjunto del ordenamiento privado, sino exclusivamente del público, constituido por el propio Derecho administrativo. c) finalmente, la interpretación de las normas del Derecho administrativo no debe ir ligada necesariamente a los principios que regulan la interpretación de las normas del Derecho privado, pudiendo regirse por principios peculiares del Derecho administrativo, de naturaleza exclusivamente pública”. *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, traducción de la 3° ed. italiana por Buena Ventura Pellisé Prats, Bosch, Barcelona, 1970, p. 15.

98 HUTCHINSON, Tomás, “Breves análisis de la responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito”, cit. p. 325.

99 La responsabilidad estatal tiene múltiples finalidades pues, además, de operar como instrumento de garantía patrimonial, también cumple funciones preventivas, de control y docencia respecto de los funcionarios públicos (conf.: REBOLLO, Luis Martín, “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado”, obra colectiva citada *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 21; CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 566).

100 CASSAGNE, Juan Carlos, *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, LL 2000-D-1219.

101 *Derecho Administrativo*, cit. t. I, p. 552.

Los reparos expuestos a la forma que se aplica el art. 1113, 2º párrafo, 2ª parte del Código Civil al campo estatal no significa que estemos postulando que debamos eliminar el factor de atribución riesgo como generador del deber de responder del Estado, sino limitar su utilización a los supuestos específicos en los que se reúnan sus presupuestos, máxime que su aplicación desmedida o extrema puede convertir al Estado, dada la vastedad de las cosas que están bajo su guarda o son de su propiedad, en una especie de asegurador universal de todos los riesgos que depara la vida en sociedad¹⁰², lo cual es inadmisibile¹⁰³.

102 Esta opinión también ha sido sostenida sólidamente desde el Derecho Privado, aunque solitariamente, por LÓPEZ MESA quien ha escrito: “la aplicación desmesurada del art. 1113 del Código Civil a supuestos que ontológicamente le son ajenos ha extendido ad infinitum el ámbito de la obligación del Estado de reparar daños sufridos por los particulares” (*op. cit.*, p. 435).

103 Conf. CASSAGNE, “Reflexión sobre los factores de atribución” ..., *cit.*; HUTCHINSON, Tomás, *Breves análisis de la responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito*, *cit.* p. 326.

§7. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA JUDICIAL

Daniela Urosa Maggi
Profesora de la Universidad Monteávila

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1999 establece como principio fundamental del ejercicio del Poder Público y, en definitiva, del Estado de Derecho, el principio de responsabilidad individual de los funcionarios públicos. Así, su artículo 139 preceptúa que *“el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley”*.

Principio de responsabilidad individual que abarca, evidentemente, el ejercicio de todas las funciones inherentes al Poder Público. Ahora bien, en lo que se refiere a la función judicial, la Constitución de 1999 va más allá de ese enunciado general, previendo en su artículo 255 el principio de responsabilidad personal del juez *“en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”*.

La responsabilidad personal del juez puede tener motivos o supuestos distintos, como lo demuestra la propia norma constitucional, y finalidades también diferentes, según el bien jurídico que se pretenda tutelar, en atención a lo cual tal responsabilidad se desdobra y exige a través de distintas modalidades: responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria. La procedencia de cada una de tales modalidades, cabe acotar, es independiente de las demás, lo que no impediría la eventual concurrencia entre ellas.

Ahora bien, con ocasión de rendir un merecidísimo homenaje a la que, sin duda, es la publicación periódica más importante en la historia del Derecho Público venezolano -la Revista de Derecho Público-, hemos de analizar algunos aspectos fundamentales de una de las modalidades de responsabilidad de los jueces: la responsabilidad disciplinaria, tema extenso que abordaremos concretamente desde una de sus aristas objetivas: la potestad disciplinaria judicial. Por tanto, dejamos en el tintero el análisis de la materia desde su óptica subjetiva: la del sujeto de derecho -el juez- sobre el que recae la responsabilidad, sus garantías jurídicas frente al ejercicio de la potestad disciplinaria, los supuestos de hecho o ilícitos disciplinarios y las sanciones procedentes frente a éstos.

II. EL DERECHO DISCIPLINARIO JUDICIAL

Por Derecho disciplinario judicial ha de entenderse el conjunto de normas y principios jurídicos que regulan la conducta de los funcionarios en ejercicio de la función judicial,

ello desde su óptica *formal*, en lo que al procedimiento administrativo disciplinario se refiere; *orgánica*, en relación con los órganos competentes para ejercer ese control y por último *sustancial*, relativa al fundamento, contenido y alcance del control disciplinario.

Respecto de este último supuesto, entendemos por disciplina en el ámbito de la función pública, *al conjunto de normas de conducta constituidas por los derechos y deberes que el funcionario público debe observar en el cumplimiento de sus funciones según la naturaleza de éstas, a los fines de lograr una conducta ética y jurídicamente correcta por parte de todo funcionario, indispensable para alcanzar la plena eficacia del ejercicio del Poder Público*¹.

Nuestra jurisprudencia ha entendido a la disciplina como principio que informa a la función pública. Así, mediante decisión de la Sala Político-Administrativa de 1º de octubre de 1998 (caso *Aníbal Ricardo Pirela Rodríguez*) se señaló que

[...]la Administración cuenta con potestades o poderes propios que le permiten mantener el 'orden' o 'disciplina' dentro de su organización interna. Así, cuando un funcionario efectúe actos que puedan poner en peligro la buena marcha de las labores para las cuales la Administración es competente, ésta podrá sancionarlo independientemente de que esos mismos hechos originen para el funcionario determinadas responsabilidades de tipo penal o, incluso, administrativas[...]

Ese control disciplinario corresponde, de ordinario, al órgano superior o autoridad dentro de la estructura organizativa, como sujeto activo del control, frente a sus inferiores -sujetos pasivos-, pues se trata de un atributo inherente a la *autoridad*; de allí que surgen dos nociones fundamentales en esta materia: i) la noción de *jerarquía*, la cual adquiere especial importancia cuando nos ubicamos dentro del régimen disciplinario público y ii) la noción de *sujeción* entendida como la relación jurídica existente entre ese jerarca y el funcionario sujeto a control². Sobre ambas nociones volveremos de seguidas.

Aspecto fundamental del Derecho disciplinario judicial es la potestad disciplinaria o poder a través del cual determinado órgano o ente ejerce control disciplinario y reprime las conductas contrarias a los principios que rigen la organización judicial. De allí la necesidad de analizar el concepto de potestad disciplinaria judicial, su naturaleza jurídica, titularidad, fundamento y diferencias sustanciales respecto de la potestad sancionadora.

III. LA POTESTAD DISCIPLINARIA JUDICIAL

La posibilidad de ejercer control disciplinario debe sujetarse, en el ámbito de las organizaciones de Derecho Administrativo, a una serie de supuestos indispensables. En primer lugar, su ejercicio debe someterse al principio de legalidad que informa toda la actuación del Poder Público; como consecuencia de este principio, y en segundo lugar, resulta ineludible la *previsión legal expresa* de la competencia a los fines del ejercicio de cualquier actuación pública y por ende de aquéllas relativas al control disciplinario de los funcionarios. El ejercicio del control disciplinario exige, pues, de la existencia de potestad disciplinaria y de su previa asignación por Ley a determinado órgano administrativo.

¹ En este sentido, véase la noción de disciplina aportada por ROJAS CARO, José, *Derecho Disciplinario Militar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pp. 35-36.

² Al respecto *vid.* PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 518 y ss., y SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I, tercera edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2000, pp. 726 y ss.

1. Naturaleza jurídica

A. La potestad disciplinaria es una potestad pública

El control administrativo disciplinario obedece al ejercicio de una verdadera *potestad*, entendida ésta como el “*poder de actuación que, ejercitándose de acuerdo con normas jurídicas, produce situaciones jurídicas en las que otros sujetos resultan obligados*”³. Según explica Garrido Falla, lo característico de la potestad es la capacidad de transformar la situación abstracta de potencial sumisión de un sujeto, en una situación concreta de obligación.

Tal es la noción de potestad aportada fundamentalmente por la doctrina italiana. Así, para Carnelutti la potestad se define como un “*poder de mando para la tutela de un interés ajeno*”, con base en lo cual Giannini y Santi Romano afirman que las cualidades de las potestades son las siguientes: (i) tienen su origen en el ordenamiento jurídico, esto es, se imponen de manera unilateral como consecuencia de una *previsión legal expresa*; (ii) son *indisponibles e irrenunciables* respecto del órgano titular, quien solo podrá -si la ley lo permite- delegar su ejercicio, mas no su titularidad; (iii) son *imprescriptibles* y (iv) no son facultativas, sino de *obligatorio ejercicio*⁴.

Se equipara así la noción de potestad con la de función, en el sentido de que *se trata de un poder jurídico ejercido no en beneficio de un interés propio, o al menos no exclusivamente propio, sino en beneficio de intereses ajenos*, y que en el caso de las potestades públicas debe necesariamente tratarse de un beneficio directo para el interés general. De allí que excede de la simple facultad o derecho de su titular, siendo un poder-deber que, como se dijo, no es facultativo sino de *obligatorio ejercicio*.

No cabe duda alguna, entonces, que el poder disciplinario se ejerce a través de una verdadera potestad, desde que no se concibe en beneficio propio de su titular, antes por el contrario, se prevé con el fin de controlar la adecuación de la conducta del funcionario a los deberes jurídicos y éticos inherentes a su función, con el firme propósito de garantizar la idoneidad del funcionario en el desempeño de su actividad y, en definitiva, lograr mayor eficiencia en la gestión pública.

Es por ello que el órgano titular de la potestad disciplinaria no posee discrecionalidad a fin de determinar si ejerce o no tal potestad, sino que, por el contrario, su ejercicio resulta obligatorio pues el mismo actúa únicamente como un agente al cual la Ley encomienda el control de la correcta conducta y decoro del funcionario⁵. En este sentido es

3 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, décimo segunda edición, Madrid, 1997, pp. 391-392.

4 GIANNINI, Massimo Severo, *Lecciones de Derecho Administrativo*, citado por GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 392.

5 No obstante nuestra afirmación, téngase en cuenta que no existe opinión unánime en la doctrina extranjera acerca del carácter discrecional de la iniciativa en el ejercicio de la potestad sancionadora y disciplinaria. En España, parte de la doctrina -REBOLLO PUIG; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ- considera que se trata de una potestad reglada, de imperativo ejercicio, si se dan las circunstancias para ello. Respectivamente, del primero de los autores citados, *vid. Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, INAP, Madrid, 1989, pp. 710 y ss.; y de los segundos, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, séptima edición, Civitas, Madrid, 2000, p. 188. Por su parte, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER y HUERGO LORA han considerado que se trata de una potestad discrecional, lo que no obsta para exigir una actuación justa, proporcionada y adecuada a Derecho. En sus estudios respectivos, “Multas administrativa”, *Revista de Administración Pública* n° 79, Madrid, 1976, pp. 22-23; y “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, *Revista de Administración Pública* n° 137, Madrid, 1995, p. 219.

ilustrativo José Rojas Caro al señalar que “*el ejercicio no opcional sino obligado de la potestad disciplinaria es lo que hace que, cualquiera que sea el ánimo o la predisposición del titular de la potestad, ésta debe ser ejercitada cuando se produce la infracción. La imposición de un correctivo no debe ser consecuencia del buen o mal humor del titular, ni de su mayor o menor grado de indulgencia o agresividad; debe ser la consecuencia de una infracción a la disciplina que con sentido de la medida y de la justicia debe ser sancionada en forma inexorable*⁶.”

En este mismo sentido se inclina la doctrina venezolana. Así, según Hildegard Rondón de Sansó:

[...]la potestad disciplinaria, como todas las potestades públicas, constituye un derecho-carga, por cuanto implica atribuciones que han de ser ejercidas por el titular como condición de la existencia de la organización a la cual pertenece. (...) Finalmente, y por su misma naturaleza de carga pública, la potestad es de ejercicio obligatorio, no simplemente facultativo. El órgano que la detenta debe ejercerla y su falta de ejercicio podrá crearle la consiguiente responsabilidad, esto es, la responsabilidad administrativa[...]

En este caso por omisión, ante la ausencia del ejercicio debido de la potestad disciplinaria en un caso concreto⁷.

De manera que al ser una verdadera potestad-función, la potestad disciplinaria se refleja mediante actos mayormente reglados en lo que se refiere al cuándo de su ejercicio; así, debe ser ejercida, y de comprobarse los hechos susceptibles de originar responsabilidad disciplinaria, el órgano competente deberá imponer la sanción correspondiente. Este criterio ha sido expresamente asumido por nuestra jurisprudencia en relación con la potestad disciplinaria judicial. En concreto, mediante decisión de 10 de marzo de 1998 (caso *Moisés Miguel Domínguez Hernández*) la Sala Político-Administrativa dejó establecido lo siguiente:

[...]la potestad disciplinaria (en especial) no es discrecional sino enteramente reglada, conforme al texto de la Ley y la interpretación judicial de ésta recogida en la Jurisprudencia. De ser discrecional y estar sometida a la voluntad de apreciación o juicio de valor del ente decisor, sería objeto de la más entera arbitrariedad, en contradicción con los Principios de Legalidad Penal y Seguridad Jurídica que rigen en materia disciplinaria analógicamente, aunque flexible y matizadamente [...]

B. La potestad disciplinaria es una potestad administrativa

La doctrina mayoritaria ha entendido que la potestad disciplinaria es una típica potestad administrativa, pues se trata de una manifestación de la autotutela administrativa⁸.

6 ROJAS CARO, José, *Derecho Disciplinario Militar*, cit, p. 120.

7 RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Los Actos Cuasijurisdiccionales*, Ediciones Centauro, Caracas, 1990, pp. 51-52. La misma autora se ha referido al carácter debido del ejercicio de la potestad sancionadora, en su estudio “La potestad sancionatoria en el Derecho Venezolano”, *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph BREWER-CARIAS*, Funeda, Caracas, 1996, pp. 201 y ss., al señalar que tratándose en esencia de una potestad administrativa, su ejercicio “*implica una carga que ha de ser atendida necesariamente, y posee la dual característica de ser derecho y sujeción a un tiempo; dotado de imperatividad (...) y permanente e imprescindible en su ejercicio*”. En igual sentido se ha pronunciado la autora recientemente en su estudio “La actividad administrativa y el régimen de sanciones administrativas en el Derecho venezolano”, A.A.V.V. *Las formas de la actividad administrativa*, *II Jornadas sobre Derecho Administrativo*, Valencia, Funeda, 2005, p. 68.

8 V., en este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, cit, pp. 726 y ss.; y RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Teoría General de la Actividad Administrativa*. Editado por Librería Álvaro

Como consecuencia práctica de ello, podemos señalar que poco importará la naturaleza administrativa, legislativa o judicial del órgano público que en virtud de la Ley ejerza la función disciplinaria, pues en cualquiera de los casos se tratará del ejercicio de actividad administrativa, sujeta al cumplimiento de las normas de Derecho Administrativo y lo que es aún más importante, sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es, en definitiva, una manifestación del principio de colaboración de las ramas del Poder Público.

Con relación a la naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria judicial, señaló la Sala Político-Administrativa en sentencia de 1º de octubre de 1998 (caso *Agustín Gómez Marín*) que:

[...]la función de control disciplinario de los jueces, ejercida por el Consejo, es de carácter netamente administrativo. Ello implica, entre otras cosas, que cuando el Consejo abre un procedimiento disciplinario, lo hace cumpliendo una función pública, ejerciendo una potestad. De allí que, por cuanto la investigación abierta no responde a 'ejercicio alguno de un derecho subjetivo' por parte de la Administración -esta hipótesis es risible- no exista 'acción' disciplinaria alguna como tal[...]

La Sala Constitucional también ha asumido la postura conforme a la cual la potestad disciplinaria es manifestación de la actividad administrativa, con independencia del órgano público que la ejerza. Así, en sentencias de 23 de junio de 2004 (caso *Carlo Palli*), 23 de enero de 2002 (caso *Mirna Mas y Rubi Spósito*), 10 de mayo de 2001 (caso *José Ángel Rodríguez*) y 3 de octubre de 2001 (caso *Eduardo José Ugarte H.*), dicha Sala señaló que la potestad disciplinaria que poseen los jueces de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial, es de naturaleza administrativa y, como tal, se exterioriza a través de actos administrativos de efectos particulares. De la segunda de tales decisiones se lee textualmente lo siguiente:

En este sentido observa la Sala que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido contestes en considerar que las sanciones correctivas y disciplinarias decretadas por los jueces, en ejercicio de la potestad disciplinaria de la cual están investidos, son actos administrativos de efectos particulares, toda vez que el tribunal no actúa en la función jurisdiccional que originariamente le ha sido atribuida, sino en una función administrativa, por lo cual, dichas decisiones son recurribles por la vía del contencioso administrativo ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Tal potestad deviene del hecho de que los distintos poderes del Estado pueden dictar actos que rebasan o escapan de su función natural, verbigracia, la facultad del Poder del Ejecutivo de reglamentar leyes, o en el caso específico del Poder Judicial, la facultad del Juez de imponer multas, o destituir funcionarios, los cuales constituyen actos distintos a su función, cual es la de emitir actos o decisiones judiciales.

Potestad administrativa que obedece, como vimos, al ejercicio de una típica forma de actividad administrativa externa. No obstante, no se trata de una postura pacífica en la doctrina comparada y nacional.

En efecto, mucho se ha discutido en relación con la naturaleza interna o externa de la actividad administrativa que se desdobra al ejercerse la potestad disciplinaria. Para algunos, como Santi Romano y Dromi, actividad administrativa interna es aquella que opera en el interior del órgano administrativo y cuyos efectos inmediatos son puramente internos, aun cuando evidentemente, como toda manifestación del actuar público, de manera

Nora, Caracas, 1995, p. 45, quien señala que la potestad disciplinaria “es una manifestación de autotutela, ya que a través de la misma la administración controla y reprime las faltas de los sujetos que se encuentran unidos a ella por una relación de servicio o por un vínculo estable o permanente, en forma tal que al actuar, manifiestan o ejecutan su propia voluntad”.

refleja excedan del ámbito de la Administración; no obstante, tales efectos mediatamente externos no merman la naturaleza interna de esas actuaciones⁹. Es esa la postura que en nuestro país asume Brewer-Carías, para quien la actividad interna es aquel ámbito de la actividad administrativa que se dirige a regular la organización y funcionamiento de la propia Administración y que se canaliza a través de las relaciones internas entre los funcionarios inferiores y su superior, o bien entre la Administración Central (sea ésta nacional, estatal o municipal) y los entes descentralizados que le están adscritos, con independencia de los efectos mediatos externos que la actividad pueda tener¹⁰. No obstante, en nuestra opinión, aun asumiendo esta postura -la cual compartimos- la potestad disciplinaria judicial no podría considerarse como una manifestación de actividad administrativa interna, pues orgánicamente excede de las relaciones interadministrativas, planteándose, en todo caso, como una relación entre un órgano administrativo y órganos judiciales.

Además, la actividad administrativa de control disciplinario es una especial modalidad de la actividad administrativa externa porque es una actuación que se produce en determinados casos en los cuales se patentiza una *especial relación de sujeción entre el órgano administrativo y determinado sujeto*.

Así, el ejercicio de las potestades públicas se enmarca, comúnmente, en el ámbito de relaciones de sujeción general, es decir, de aquéllas surgidas como consecuencia del ejercicio del poder de imperio de la Administración, y que afectan por igual a cualquier administrado. Frente a esta generalidad, existen situaciones jurídicas determinadas denominadas de sujeción especial, en la cual se encuentran específicos administrados. La diferencia fundamental en ambos casos, radica en la existencia de un vínculo jurídico preexistente, que da lugar a la singularidad propia de determinadas relaciones jurídico-administrativas.

Esta especial situación jurídica denominada de sujeción, trae como consecuencia que el administrado se encuentre sometido no sólo al poder general de imperio de la Administración, sino en específico al conjunto de deberes y derechos particulares nacidos en su especial situación jurídica. Es por ello que en expresión de Alessi, ese estado especial de sujeción surge del “*contacto personal del sujeto con la esfera de la Administración*”¹¹.

Una de las manifestaciones típicas de tales relaciones especiales de sujeción, es precisamente la potestad disciplinaria, prevista en general a fin de controlar el incumplimiento por parte de determinados sujetos o funcionarios frente a deberes específicos. De allí que es el vínculo previo, permanente, jurídicamente relevante y especial que surge de la relación mantenida entre la Administración y determinados sujetos, el que justifica la previsión de facultades disciplinarias por parte de aquélla.

En la mayoría de los casos, vale acotar, se tratará de la típica relación estatutaria o de empleo público, en la cual se encuentran aquellos sujetos que ejercen un cargo público determinado, consecuencia de lo cual el jerarca de la organización a la que pertenezcan tendrá facultades disciplinarias sobre ellos. En tal caso, evidentemente, el ejercicio de la potestad disciplinaria obedece al ejercicio de actividad Administrativa interna, en atención al criterio antes expuesto. No obstante, también pueden verificarse otras relaciones especiales de sujeción, siempre que, claro está, exista para la Administración la conse-

9 ROMANO, Santi, *Corso di Diritto Amministrativo*, citado por RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Teoría General de la Actividad Administrativa*, cit., p. 231; y DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, quinta edición, Buenos Aires, 1996, pp. 266 y ss.

10 BREWER-CARIÁS, Allan, “Consideraciones sobre la actividad interna de la Administración y sus formalidades”, *Revista de Derecho Público* n° 21, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 39 y ss.

11 ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1960, p. 248.

cución de un fin de interés general. De allí que las dos manifestaciones típicas de estas relaciones especiales de sujeción y en consecuencia los ámbitos típicos del ejercicio del poder disciplinario, son dos: el empleo público y el servicio público.

Ahora bien, no debe dejar de advertirse que en la actualidad, la tradicional tesis de las especiales relaciones de sujeción encuentra cierto recelo por parte de un sector de la doctrina, fundamentalmente porque su existencia ha sido causa justificante para mermar o limitar las garantías jurídicas de los sujetos que son parte de esa relación. Así lo pone de manifiesto García de Enterría, el cual considera que la verificación de una especial relación de sujeción o de un especial vínculo jurídico preexistente, no puede nunca implicar un menoscabo al respeto de las garantías del particular afectado¹².

De allí que en la actualidad si bien la doctrina española acepta y avala la existencia de especiales relaciones de sujeción en el ordenamiento jurídico, afirma categóricamente que tal condición no puede nunca mermar la garantía de seguridad jurídica, inherente a los principios de legalidad y de tipicidad, que exigen la predeterminación de los ilícitos y sanciones en norma de rango legal, previa a la ocurrencia del hecho. En tal sentido se pronunció también el Tribunal Supremo Español, en decisión de 1º de febrero de 1999, mediante la cual se declaró:

La especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en materia sancionadora no autoriza, tras la entrada en vigor CE, la aplicación de normas de esta naturaleza que no otorguen certeza suficiente acerca de cuáles sean las conductas constitutivas de infracción y cuáles las sanciones que a éstas puedan corresponder. En el ámbito de las relaciones de sujeción especial la relajación posible de dicha garantía lo es tan sólo en la medida en que la naturaleza o el contenido jurídico de la relación permita una más fácil predicción de aquellas conductas y sanciones. La obligada prevalencia -en el campo del ejercicio de la potestad sancionadora- del principio de seguridad jurídica sobre el de eficacia de la organización administrativa y de los servicios públicos, impide que la exigencia más suave del mandato de tipificación en dichas relaciones pueda rebasar el límite tras el cual la certeza no fuera alcanzable ni tan siquiera para quienes forman parte de ellas.

De manera que deben observarse los principios de legalidad formal y de tipicidad en el ámbito de cualquier relación jurídica, incluso en aquellas de especial sujeción administrativa.

Ahora bien, aplicando las consideraciones anteriormente referidas a la responsabilidad disciplinaria judicial, puede concluirse que la existencia de especiales relaciones de sujeción es precisamente la explicación más plausible acerca de la naturaleza jurídica de la potestad disciplinaria que se ejerce frente a los jueces. En efecto, si bien no existe entre ellos y el órgano titular de la potestad disciplinaria una relación estrictamente funcional-administrativa, pues no pertenecen a una misma estructura organizativa, no hay duda que el ordenamiento jurídico ha previsto una específica situación jurídica al crear un órgano administrativo cuyas facultades se dirigen exclusivamente a regular las condiciones estatutarias de los jueces -incluida su designación-, garantizando el ejercicio de sus derechos funcionariales, su independencia, y su idoneidad y que, por vía de consecuen-

12 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación", en *Revista de Derecho Administrativo* nº 66, Madrid, 1990, pp. 279 y ss. En este estudio, el autor comenta la decisión del Tribunal Constitucional español de 29 de marzo de 1990, respecto de la cual señala: "Dice, en efecto, el Tribunal Constitucional en un caso de sanción administrativa: 'La distinción entre las relaciones de sujeción general y especial, ya en sí misma imprecisa, no puede desvirtuar la naturaleza del acto administrativo y sin que (...), y esto es más importante, pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado (...) con el riesgo de lesionar derechos subjetivos'. De lo que se deduce 'siempre deberá ser exigido el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad (...) como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano'".

cia, posee además la titularidad del control disciplinario requerido a fin de que la conducta y decoro de los funcionarios por él designados sea idónea y se ajuste a los deberes que les impone la Ley. Es evidente, pues, que se trata de una relación jurídica de sujeción sumamente atípica, pues se produce entre un órgano administrativo -sea que esté o no inserto en el Poder Ejecutivo- y los funcionarios judiciales y por ende, en modo alguno podría pensarse en una eventual “jerarquía” entre los mismos.

Las consecuencias jurídicas de considerar el ejercicio de la potestad disciplinaria como una manifestación de la actividad administrativa externa se desdoblán en dos sentidos: de una parte, se postula la necesidad de otorgar a los jueces, como posibles sancionados, todas las garantías jurídicas propias de los destinatarios de las potestades administrativas ablatorias, especialmente las relativas a la defensa y debido procedimiento, según lo previsto en los numerales 1 y 3 el artículo 49 de la Constitución. De otra parte, se hace necesario garantizar también los derechos e intereses de aquellos sujetos -distintos al juez- que puedan verse directa o indirectamente afectados por la medida disciplinaria, en atención a lo cual se intensifica la observancia del principio procedimental de publicidad y la intervención de los interesados en el procedimiento administrativo disciplinario.

No obstante las anteriores consideraciones acerca de la naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria, debe tenerse en cuenta que la nueva Constitución de 1999, al otorgar rango constitucional a la potestad disciplinaria judicial, la denominó “jurisdicción disciplinaria judicial”, estableciendo además que la misma estará a cargo de los “tribunales disciplinarios que establezca la ley” (artículo 267). Tal denominación resulta evidentemente equívoca y puede prestarse a confusiones acerca de la naturaleza administrativa de esta potestad, pues al tildársele de *jurisdicción* y encomendar su ejercicio a órganos llamados *tribunales* podría llevar a considerar, *prima facie*, que se trata del ejercicio de función jurisdiccional. No obstante, la naturaleza subyacente en la actividad que los mismos ejercen y que anteriormente hemos analizado, obviando cualesquiera formalismos y meras denominaciones, lleva a la conclusión que se trata de una potestad de naturaleza administrativa, que lo que persigue, se insiste, es el mantenimiento del orden y el cumplimiento de los principios éticos y jurídicos del aparato judicial, pues no se trata, en modo alguno, de administrar justicia ni de resolución de conflictos intersubjetivos de intereses. Es, en definitiva, una potestad indudablemente administrativa que además es ejercida, según analizaremos más adelante, por órganos también administrativos.

2. Fundamento jurídico

El análisis del fundamento o justificación jurídica de la potestad disciplinaria cobra especial relevancia cuando se trata del estudio de la responsabilidad disciplinaria de los jueces, pues *a priori* podría considerarse un contrasentido el ejercicio de un control administrativo sobre la conducta y decoro de los jueces, independientes y autónomos por definición.

En nuestro criterio, la potestad disciplinaria judicial obedece a una doble justificación: de una parte, su existencia se acepta pues no se concibe el cabal funcionamiento de cualquier organización, sea pública o privada, sin que pueda mantenerse el respeto y cumplimiento por parte de sus miembros de los principios jurídicos y éticos que rigen su orden interno, es decir, sin que puedan recriminarse las conductas contrarias a esos prin-

cipios¹³. Asimismo, se justifica por la naturaleza jurídica de la relación existente entre ese órgano controlador -sea que orgánicamente resida en el ámbito de la Administración Pública o en el Poder Judicial- y los funcionarios judiciales controlados, el cual ejerce la potestad, se dijo ya, en atención a su poder de autotutela.

Asimismo, la potestad disciplinaria tiene un claro fundamento jurídico: es uno de los modos de exigir la responsabilidad personal del juez (artículo 255 constitucional) el cual, a su vez, deriva del principio general de responsabilidad individual de los funcionarios públicos (artículos 25 y 139 *eiusdem*), sin que en modo alguno se menoscaben las garantías jurídicas de los eventuales sancionados y, muy especialmente, sin que se menoscabe el derecho a la estabilidad del juez que también recoge expresamente el artículo 255 constitucional.

En efecto, la autonomía e independencia que exige el ejercicio de la función judicial, como garantía de una imparcial administración de justicia, no es impedimento para controlar la correcta conducta ética y moral de los jueces, pues en definitiva, esa independencia se deduce respecto de su criterio jurídico y no de su comportamiento en tanto miembro de la estructura judicial; en otras palabras, el juez es autónomo en el campo de la decisión judicial y no en lo que respecta a su situación funcional o administrativa¹⁴. De manera que la responsabilidad disciplinaria de los jueces ante el incumplimiento de la conducta ética y jurídicamente correcta que les corresponde como integrantes del sistema de justicia, no es, en modo alguno, violación de su independencia judicial; por el contrario, esa independencia o autonomía de nada sirve si los jueces no cumplen con otros de los principios que tradicionalmente se les exige: el de idoneidad de su conducta.

El control disciplinario judicial no vulnera el principio de independencia y autonomía de los jueces. Es así ilustrativa la expresión de Iñigo Del Guayo Castiella¹⁵, cuando afirma que la figura del juez recoge en sí una doble condición: por una parte, *administra justicia en cuanto titular de aquella potestad jurisdiccional*, pero por otra, *no deja de ser un funcionario público*.

Ahora bien, podría decirse que la independencia se vería menoscabada si el reproche disciplinario tuviera como fundamento el criterio jurídico del juez al momento de decidir un caso concreto, menoscabando así, se insiste, su imparcialidad y objetividad¹⁶.

13 Así lo hemos señalado ya en UROSA MAGGI, Daniela, "Fundamentos constitucionales de la responsabilidad del funcionario público", *Revista de Derecho Público* n° 93-94/95-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, p. 59.

14 BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 58-60.

15 DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, "El control jurisdiccional de la potestad sancionadora de la Administración Judicial", en la obra colectiva *La Protección Jurídica del Ciudadano*, en *Homenaje a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ*, t. II, Civitas, Madrid, 1993, p. 1617.

16 Téngase en cuenta que esta limitación del control disciplinario encuentra ciertas excepciones, como es el supuesto de responsabilidad disciplinaria ante el denominado error judicial inexcusable. No obstante, se trata de supuestos que han de demostrar una ignorancia jurídica extrema e inaceptable para el magisterio, supuestos que han de estar tipificados en la Ley como ilícitos disciplinarios. El error inexcusable ha sido definido por la jurisprudencia como "aquél que no puede justificarse por criterios razonables, que lesiona gravemente la conciencia jurídica, revistiendo por vía consecucional, carácter de falta grave que puede conducir a la máxima sanción disciplinaria (destitución)", de allí que se considere que tal vicio se traduce en la crasa ignorancia, negligencia o desconocimiento manifiesto del derecho por parte del juez, que revela, bien su inidoneidad para el ejercicio del cargo, o bien patente abuso de autoridad (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 23 de febrero de 1994, caso *Miguel HERNÁNDEZ OROÑOZ*).

Mediante decisión de 1º de julio de 1998 (caso *Hortensia Teresa Rosales de Perdomo*), la Sala Político-Administrativa se refirió a ese equilibrio entre el principio de autonomía e independencia de los jueces y el control disciplinario judicial, señalando lo siguiente:

[...] el Consejo de la Judicatura tiene la facultad de abrir procedimientos disciplinarios cuando se alegue la existencia de irregularidades en la conducta del Juez relativa al funcionamiento del respectivo órgano jurisdiccional, a su actuación contraria a los principios éticos u organizativos, y a la existencia de indicios de violación de los deberes fundamentales que le impone su condición de Juez. Por el contrario, no procede dicha apertura -ha dicho la Sala- cuando con ella se pretende cuestionar los criterios jurídicos utilizados por el juez para tomar determinadas decisiones, pues estaría entonces el Consejo sustituyendo a los órganos jurisdiccionales de Instancia Superior al que emite el correspondiente pronunciamiento judicial, quienes son los habilitados legalmente para controlar las decisiones tomadas por los inferiores en grado en ejercicio de la función que les es propia¹⁷.

Ha precisado además la jurisprudencia que en aquellos casos en que el órgano disciplinario judicial se exceda en el ejercicio de su potestad disciplinaria, invadiendo la esfera de la función jurisdiccional, el acto en cuestión es nulo de nulidad absoluta pues estaría viciado de usurpación de autoridad, dado que la revisión del criterio jurídico seguido por el juez *le es completamente ajena* al órgano titular de la potestad disciplinaria¹⁸.

Asunto distinto al de la independencia del Poder judicial, y que también puede verse lesionado ante un indebido ejercicio de la potestad disciplinaria judicial, es el derecho a la estabilidad del juez, en atención al cual se debe asegurar a los jueces su permanencia y continuidad en el ejercicio del cargo y que su terminación solo opere ante supuestos previa y expresamente establecidos en la Ley¹⁹.

En efecto, el artículo 255 de la Constitución de 1999 postula este principio al establecer que los jueces *solo podrán ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la Ley*, entendiendo por procedimiento, en sentido lato, no solo el conjunto de fases preordenadas para alcanzar un fin -en este caso procedimiento disciplinario- sino además abarcando el conjunto de supuestos tipificados como ilícitos disciplinarios y las sanciones disciplinarias que a los mismos correspondan. De manera que la suspensión y remoción -típicas sanciones disciplinarias- y en general todo el régimen disciplinario judicial deben estar estrictamente informados por los principios de legalidad y de tipicidad. En otros términos, el derecho a la estabilidad judicial exige que el ejercicio de la potestad disciplinaria se ajuste en lo formal -procedimiento- y en lo sustancial -ilícitos y sanciones- al principio de reserva legal y de tipicidad, por lo que los jueces solo podrán ser sancionados disciplinariamente en los supuestos y de la forma expresamente establecida en la Ley, restando de este modo toda posible discrecionalidad del órgano sancionador al momento de ponderar la conducta reprochable y de imponer la sanción disciplinaria correspondiente.

17 El mismo criterio sostuvo la Sala Político-Administrativa en sentencia de 4 de marzo de 1999 (caso *Miguel GUAURA CASTRO*).

18 Sentencia de fecha 28 de mayo de 1998, dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (caso *Agustín DÍAZ ROMERO*).

19 Sobre las consideraciones aquí expuestas v., QUINTANA M., Armida, "La Independencia del Poder Judicial", *Revista de Derecho Público* n° 40, Caracas, 1989, pp. 22 y ss.

3. Titularidad

Ya antes señalábamos que el ejercicio de la potestad disciplinaria deriva siempre de una relación de supremacía especial y que es, en definitiva, una manifestación de autotutela administrativa, supuestos éstos que efectivamente se ven reflejados en el caso del poder disciplinario ejercido sobre los jueces. También señalábamos que ese control disciplinario corresponde normalmente al superior jerarca de la organización frente a sus inferiores, pues se trata de un atributo inherente a la *autoridad*. No obstante, cuando se trata de la potestad disciplinaria judicial ha de matizarse este principio general.

Así, no existe -y no puede existir- entre el órgano competente para ejercer el control disciplinario y los funcionarios sometidos a ese régimen -los jueces y demás funcionarios judiciales que disponga la Ley- una verdadera relación de supremacía caracterizada por la dependencia y jerarquía, propias de la generalidad de las relaciones especiales de sujeción funcional.

En efecto, en el ámbito administrativo y dejando a un lado la cuestionada aplicación de la potestad disciplinaria en las relaciones administrativas contractuales²⁰, las relaciones jurídico-públicas que dan lugar al ejercicio de potestad disciplinaria, serían básicamente las siguientes: (i) relaciones funcionariales -de empleo público-, (ii) situaciones jurídicas militares y (iii) relaciones gremiales, propias de las corporaciones públicas, colegios profesionales, entre otros. En tales casos, dicha potestad sí es ejercida por el jerarca o bien por quien ejerza la máxima autoridad, quien tendrá la facultad de mantener el orden interno de la organización que preside.

Pero en materia judicial tales nociones chocan de plano: no se trata del control de la disciplina de empleados o de miembros de una determinada organización a la que pertenezcan tanto los funcionarios como el órgano competente para imponerla. Se trata, por el contrario, *de una atípica relación de sujeción surgida entre los funcionarios que integran una determinada rama del Poder Público -el Poder Judicial- y un órgano administrativo, entre los cuales evidentemente, no puede hablarse de "jerarquía" ni de "supremacía", pero sí de sujeción.*

Esta condición funcional judicial presupone la existencia de una estructura administrativa al servicio de la justicia, encargada de organizar el aparato público al que le corresponda ejercer tal función y tutelar los derechos y cumplimiento de los deberes de los miembros de ese aparato: los jueces. Debe insistirse, la organización será de naturaleza administrativa, pues precisamente la potestad pública de organizar y ordenar internamente es una típica potestad administrativa²¹.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1961, el propio Texto Fundamental confirió ese control disciplinario sobre los jueces al órgano de gobierno del Poder Judicial: el Consejo de la Judicatura. Órgano de naturaleza administrativa, orgánicamente ajeno al Poder judicial e integrante de la llamada *Administración con autonomía funcional*, esto es, que siendo parte de la Administración Pública nacional, se encontraba fuera de la estructura de la Administración central, carecía de personalidad jurídica propia que la considerase

²⁰ *Vid.*, en este sentido, MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *La Extinción de la Concesión de Servicio Público*, Editorial La Ley, Madrid, 1992, pp. 185 y ss.

²¹ Así lo afirma GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, MAP, Madrid, 1991, pp. 319-324.

Administración descentralizada, y gozaba de autonomía en el ejercicio de sus funciones²². Así, el artículo 217 de esa Constitución establecía que:

La ley orgánica respectiva creará el Consejo de la Judicatura, cuya organización y atribuciones fijará con el objeto de asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los Tribunales y de garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial. En él se deberá dar representación a las otras ramas del Poder Público.

A partir de la nueva Constitución de 1999, el régimen de gobierno del Poder Judicial es radicalmente distinto al anterior y con él, en consecuencia, la titularidad de la potestad disciplinaria judicial. Así, de conformidad con el artículo 267 constitucional, las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial corresponden al Tribunal Supremo de Justicia, el cual lo ejercerá a través de una Dirección Ejecutiva de la Magistratura que ha de crear el Tribunal Supremo en Pleno (artículo 267, tercer aparte).

Ahora bien, de conformidad con el “Régimen de Transición del Poder Público” que dictó la Asamblea Nacional Constituyente el 28 de marzo de 2000²³, se creó la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, órgano de carácter interino “*hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura*”, entre cuyas competencias se encontraba (artículo 24) la *competencia disciplinaria judicial*.

Esa Dirección Ejecutiva de la Magistratura fue posteriormente creada mediante la “Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial” que dictó el Tribunal Supremo de Justicia en Pleno y que se publicó en *Gaceta Oficial* n° 37.014 de 15 de agosto de 2000. No obstante, en sus disposiciones finales y transitorias se estableció (artículo 30) que se mantenía la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial respecto de las funciones disciplinarias “*...mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes tribunales disciplinarios*”, legislación que, según la letra del artículo 267 constitucional, será fundamentalmente el Código de Ética del Juez Venezolano que dictará la Asamblea Nacional²⁴. Tribunales Disciplinarios que, según antes se señalara, contempló la propia Constitución de 1999 en su artículo 267, aparte primero, al señalar que “*la jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que establezca la Ley*”.

De manera que en la actualidad, la potestad disciplinaria judicial es ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, hasta tanto se dicte la legislación correspondiente y se creen los tribunales disciplinarios que han de ser, con carácter definitivo, los titulares de esa potestad. La naturaleza jurídica de tales órganos -la Comisión de Funcionamiento, ahora, y los Tribunales disciplinarios, luego- no arroja, en nuestra opinión, duda alguna: se trata de órganos administrativos, en atención a la naturaleza de la potestad que ejercen: la potestad disciplinaria. Poco debe importar que orgánicamente estén insertos en la rama judicial y no en el Poder Ejecutivo,

22 En relación con el concepto de Administración con autonomía funcional *vid.* BREWER-CARÍAS, Allan, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 133.

23 Publicado en *Gaceta Oficial* n° 36.920 de esa misma fecha.

24 La inactividad de la Asamblea Nacional al no dictar el Código de Ética del Abogado dio lugar a una reciente sentencia de la Sala Constitucional, de 1 de junio de 2005 (caso *Henrique IRIBARREN M.*) la cual, en el marco de una demanda por omisión legislativa, reorganizó el funcionamiento de la referida Comisión y sustituyó a sus miembros principales y suplentes.

pues priva, en nuestra opinión, el criterio relativo a la naturaleza de la actuación que ejercen y no su ubicación orgánica²⁵.

La existencia de órganos de naturaleza administrativa ajenos al Poder Ejecutivo no es cuestión extraña al nuevo ordenamiento constitucional venezolano. Recuérdese que la nueva Constitución de 1999 creó dos nuevos Poderes, Electoral y Ciudadano que, no obstante su independencia orgánica del Poder Ejecutivo, se componen de órganos sustancialmente administrativos, pues administrativa es, a no dudar, la naturaleza de sus funciones²⁶.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de considerar estos nuevos órganos disciplinarios judiciales como administrativos son fundamentales: en primer lugar, todas sus actuaciones han de regirse plenamente por el principio de legalidad administrativa, atendiendo así a los principios constitucionales y el marco jurídico que rige a las Administraciones Públicas; en segundo lugar, los actos por ellos dictados son actos administrativos, los cuales han de cumplir con todas las formalidades y principios exigibles a éstos, en aplicación, cuando menos supletoria, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; como consecuencia de lo anterior, y en tercer lugar, se trata de actos que han de dictarse en el seno de un procedimiento administrativo, en este caso un procedimiento disciplinario, que atienda a los principios que informan la potestad disciplinaria y a las garantías de los eventuales sancionados. Por último y en cuarto lugar, se trata de actos sujetos a la justicia administrativa, consecuencia directa del principio de universalidad de control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ya anteriormente señalábamos cómo la denominación de la “jurisdicción disciplinaria judicial” por la que optó el constituyente de 1999 es confusa e inexacta, pues mal denomina a una potestad eminentemente administrativa. Igual sucede con los llamados “tribunales” disciplinarios, término inherente a los órganos llamados a administrar justicia y resolver conflictos intersubjetivos, que impropriamente se ha utilizado desde décadas atrás y que ha mantenido la Constitución de 1999 para denominar a los órganos que ejercen la disciplina judicial. No obstante, no cabe duda de su naturaleza administrativa, so pena de revivir la ya superada discusión acerca de la naturaleza jurisdiccional o administrativa del antiguo Tribunal Disciplinario del Consejo de la Judicatura²⁷.

25 Ya ha señalado la doctrina que los órganos de gobierno judicial, en concreto la Dirección Ejecutiva de la Magistratura creada bajo la Constitución de 1999, forman parte de la Administración Pública Nacional, en virtud de la naturaleza de sus funciones, aun cuando no integren, evidentemente, a la Administración Pública Central, cuyos órganos son los que ejercen el Poder Ejecutivo Nacional. Al respecto *vid.* BREWER-CARÍAS, Allan, “Introducción general al régimen constitucional del Poder Ciudadano”, en A.A.V.V. *Leyes Orgánicas del Poder Ciudadano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, p. 14.

26 Así lo estableció la Sala Constitucional en sentencia de 14 de diciembre de 2004 (caso *Asociación Civil Consorcio Justicia*) al afirmar, en relación con el Poder Electoral que “a raíz de la Constitución de 1999, el ejercicio de toda la actividad administrativa de naturaleza electoral ha quedado residenciada en los órganos del Poder Electoral, por lo que puede afirmarse que este Poder posee un fuero de atracción en lo relativo a la ejecución de todo procedimiento comicial -léase-, de contenido electoral o relativo al ejercicio del derecho a la participación política...”. Que las funciones de los Poderes Ciudadano y Electoral son de naturaleza administrativa, ha sido también la postura de la doctrina; por todos, *vid.* CORREA DE BAUMEISTER, María Alejandra, “El Poder Ciudadano y el Poder Electoral en la Constitución de 1999”, en A.A.V.V. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI, Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. BREWER-CARÍAS*, t. I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 983 y ss., y HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “La Contraloría General de la República”, *Revista de Derecho Público* n° 83, Caracas, 2000, pp. 21 y ss. del mismo autor *vid.* “La Contraloría General de la República”, en A.A.V.V. *Leyes Orgánicas del Poder Ciudadano*, *cit.*, pp. 193 y ss.

27 Antes del vigente marco constitucional venezolano, la potestad disciplinaria judicial la ejercía, según se dijo ya, el Consejo de la Judicatura, a través de su Tribunal Disciplinario, lo que dio lugar a una tendida discusión doc-

4. Potestad disciplinaria y potestad sancionadora

La posibilidad de considerar a la potestad disciplinaria como una de las categorías de potestades punitivas previstas en el ordenamiento jurídico posee una importante consecuencia: de ello derivará la determinación del alcance de esa potestad y más aún, de los principios aplicables de manera directa y supletoria a su ejercicio.

Ya decíamos que la potestad disciplinaria se contempla en el seno de aquellas relaciones en las que el particular se encuentra en una especial situación que sujeta su esfera jurídica al cumplimiento de deberes y al ejercicio de derechos especiales frente a determinado órgano administrativo.

Por su parte, la potestad sancionadora es entendida como la facultad-deber de la Administración de imponer sanciones administrativas, las cuales son a su vez definidas como *“un mal afligido a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”*²⁸. La potestad sancionadora surge de la necesidad de controlar las posibles infracciones por parte de los particulares respecto de los deberes administrativos que el ordenamiento jurídico-administrativo les impone, corrigiendo así la infracción y reprimiendo además la conducta ilícita a través de una sanción, ello con la finalidad de mantener el orden público que a la Administración corresponde tutelar. Tal como señaló la antigua Corte Suprema de Justicia en Pleno en decisión de 6 de agosto de 1991 (caso *Iván Hernández Gutiérrez*), *“el fundamento de la potestad sancionadora reside en el propio ordenamiento jurídico administrativo, en virtud del cual la administración no solamente tiene la potestad normativa sino también la sancionadora, encaminada a reprimir las infracciones al ordenamiento de que es titular”*²⁹.

De manera que el ejercicio de la potestad sancionadora no se verifica en el seno de una relación específica frente a determinado particular, sino con ocasión de la sujeción existente entre la generalidad de los administrados y la Administración, surgida simplemente del poder de imperio de ésta frente a aquéllos, en aras del interés general³⁰. Es esa una clara distinción entre dos potestades públicas -disciplinaria y sancionadora- que, no obstante, poseen más semejanzas que diferencias.

tritaria y jurisprudencial acerca de la naturaleza jurídica de las decisiones disciplinarias de ese “Tribunal”. Concretamente, a partir de la conocida sentencia de la Sala Político-Administrativa de 26 de marzo de 1985 (caso *Francisco RUIZ BECERRA*) en la que se negó la naturaleza administrativa de los actos disciplinarios del Consejo de la Judicatura, se afirmó el carácter de órgano “tridimensional” de dicho Consejo, y se concluyó en la naturaleza jurisdiccional de sus funciones disciplinarias, hasta la sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 6 de agosto de 1991 (caso *Iván HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ*) en la que, por el contrario, se afirmó tajantemente *“la naturaleza administrativa del Consejo de la Judicatura (...) (y) que todas las atribuciones que ese cuerpo ejerce, incluida la materia disciplinaria, tienen ese mismo carácter administrativo...”*. No obstante, entre una y otra decisión hubo un reñido vaivén en el criterio de la jurisprudencia, pues se cambió de postura en múltiples ocasiones (entre otras, *vid.* sentencias de la Sala Político-Administrativa de 30 de junio de 1986, caso *Maritza Josefina ALVARADO*; de 1 de julio de 1986, caso *Hilario PUJOL* y de 7 de marzo de 1988, caso *Nora DÍAZ*).

28 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pp. 148 y ss.

29 En esa oportunidad la Corte asumió la tesis que justifica la existencia de la potestad disciplinaria como parte ínsita de las potestades de gestión de la Administración, esto es, que quien tenga la potestad de ordenar, mandar y prohibir tenga también la potestad de sancionar el incumplimiento de esos deberes.

Sobre esta postura y su modulación actual *vid.* NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 90 y ss.

30 En este mismo sentido *vid.* RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, “La actividad administrativa y el régimen de sanciones administrativas en el Derecho venezolano”, *cit.*, pp. 68 y ss.

Así, ambas potestades administrativas -sancionadora y disciplinaria- son potestades represivas; se exteriorizan de igual manera, a través de la imposición de sanciones; y se basan además en una misma causa: el incumplimiento a un deber jurídico administrativo. De allí que mucho se ha discutido en relación con la consideración de la potestad disciplinaria como una especie del género potestad sancionadora de la Administración.

En el caso de la potestad administrativa sancionadora, la imposición de sanciones es una manifestación del *ius puniendi* o poder punitivo general que posee el Estado. Así lo justifica en la actualidad buena parte de la doctrina, liderizada en España por García de Enterría, al afirmar que la potestad sancionadora de la Administración es manifestación de un único poder punitivo estatal, tal como también lo es la potestad judicial penal, en cabeza del juez y dirigida a la imposición de sanciones de esa misma índole penal³¹.

Como afirma en España Angeles De Palma Del Teso:

*El ius puniendi del Estado se subdivide en: Derecho Penal y Derecho Sancionador Administrativo; ambos comparten una sustancia común, pero son ámbitos distintos, y entre ellos no existe relación de jerarquía o subordinación*³².

Tal distinción doctrinal busca dar por superado el criterio anteriormente sostenido, en el sentido de que las sanciones administrativas más que inmersas en el Derecho Administrativo, eran tributarias de un “Derecho Penal Administrativo”³³, o que resultaban del ejercicio de una potestad implícita cuyo ejercicio no exigía la observancia de los principios de legalidad y tipicidad propios de la materia penal.

Así, las tendencias modernas en la materia superan la concepción restringida de ese *ius puniendi*, para considerar que no hay monopolio judicial penal respecto de la imposición de sanciones frente a conductas tipificadas como infracciones, sino que, por el contrario, tal potestad es repartida entre el Poder Judicial y la Administración Pública, en tanto que es ello necesario para mantener el orden dentro del Estado³⁴. La justificación de la llamada “despenalización” del poder punitivo estatal y la consecuente “jurisdiccionalización” del procedimiento administrativo sancionador, resultan de la necesidad de dar mayor efectividad al ejercicio de este poder, a fin de alcanzar una más completa protección de los intereses jurídicos que al Estado corresponde tutelar.

31 En Venezuela el tema ha sido objeto de análisis por parte de RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, “La actividad administrativa y el régimen de sanciones administrativas en el Derecho venezolano”, *cit.*, pp. 69 y ss. y RUIZ M., Aníbal E., “Las sanciones administrativas disciplinarias según la jurisprudencia venezolana”, *Revista de Derecho Administrativo* n° 17, Caracas, 2003, pp. 175 y ss.

32 DE PALMA DEL TESO, Ángeles, *El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 35.

33 V., en este sentido, la posición sostenida por CHIOSSONE, Tulio, *Sanciones en Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970, *in totum*, en la que se recoge a su vez, la posición sostenida por la doctrina alemana, liderizada por Oto MAYER y GOLDSCHMIDT. Asimismo, nos remitimos a la decisión de la antigua Corte Suprema de Justicia en Pleno, de 9 de agosto de 1990 (caso *Francisco PIFANO*), en la cual se recoge tal criterio doctrinario, al incluir tanto a las sanciones penales como a las administrativas dentro de las llamadas “*normas penales en sentido lato*”, y de allí la denominación de *disposiciones administrativas penales*. En este sentido, define a las sanciones administrativas como aquellas [...] *contempladas en leyes especiales, que consagran sanciones para castigar la violación o incumplimiento de reglas específicas referidas a garantizar el fin de utilidad general de la actividad administrativa, y que la doctrina ha calificado como sanciones administrativas para distinguirlas en virtud del órgano que las impone (órgano administrativo) de las de naturaleza penal que son siempre impuestas por el órgano jurisdiccional*.

34 Sobre ello se ha pronunciado la Sala Constitucional en sentencia de 6 de marzo de 2001 (caso *Cervecería Polar del Centro, C. A.*).

No obstante, otro autorizado sector de la doctrina, en concreto, Nieto³⁵ y Parejo Alfonso³⁶, matizan la existencia de dos ramas -administrativa y penal- de un único *ius puniendi*, por considerar que éstas derivan del ejercicio de funciones públicas distintas, de origen distinto y con finalidades también divergentes. La primera -penal- derivada del ejercicio de la función judicial y destinada a condenar las conductas constitutivas de delito, sería la única potestad propiamente punitiva. La segunda -administrativa- originada en el ejercicio de una potestad propia de la Administración como lo es la sancionadora, se dirige a reprochar los ilícitos considerados como infracciones administrativas y, según enseña Parejo Alfonso, tiene como fin la protección de determinados bienes jurídicos como lo son el interés general y la eficacia del orden jurídico administrativo. Aun así, este sector de la doctrina no rechaza la aplicabilidad de los principios penales al ámbito de las sanciones administrativas que es, en definitiva, el aspecto en el que hemos de centrarnos.

Ahora bien, las consideraciones realizadas en relación con la naturaleza jurídica y principios aplicables al Derecho Administrativo sancionador, poseen para nuestro estudio una sola justificación: la determinación, ahora con más elementos de juicio, de si es la potestad disciplinaria especie del genero potestad sancionadora y por tanto, si deben o no aplicársele los principios que a ésta rigen, lo cuales son, en gran parte, los propios del Derecho Penal.

Tal determinación nos lleva a realizar las siguientes consideraciones: así, y en primer lugar, no toda incidencia desfavorable en la esfera jurídica del particular, derivada de una actuación de la Administración, puede considerarse sanción administrativa. En efecto, el poder de imperio de la Administración otorga a ésta distintas facultades ablatorias -vgr. medidas de policía y de coacción- mediante las cuales puede afectar negativamente la situación jurídica del administrado sin que necesariamente culmine con la imposición de una sanción. Pero además, y en segundo lugar, no toda sanción es reflejo del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, y ni siquiera necesariamente derivada del *ius puniendi* del Estado. Así lo afirmó categóricamente la Sala Político-Administrativa mediante decisión de 1º de octubre de 1998 (caso *Anibal Ricardo Pirela Rodríguez*) al señalar lo siguiente:

[...] observa la Sala que ya en numerosos fallos se ha pronunciado sobre el carácter autónomo que posee la llamada responsabilidad disciplinaria en relación con la responsabilidad penal [...] *las sanciones impuestas en razón de tal potestad disciplinaria se distinguen de aquellas propias del Derecho Penal o del denominado Derecho Administrativo Sancionador en que los órganos que actúan en función de estos regímenes jurídicos -bien sean los tribunales, en el primer caso, o la Administración, en el segundo- fundamentan su actuación en el poder de imperium que les otorgan las leyes, sin que aparezca nexo alguno entre los mismos y los administrados. Contrario a ello, las sanciones disciplinarias obedecen a las relaciones de empleo público, las cuales son instrumentos que garantizan el buen funcionamiento de la Administración. Así, considera esta Sala adecuada la oportunidad para ratificar su criterio conforme al cual ha sostenido que el ejercicio de la potestad disciplinaria es totalmente independiente del poder punitivo de tipo general con que cuenta el Estado, el cual, adicionalmente, no deriva de este poder estatal, sino que por el contrario, tiene un origen y régimen jurídico propio.* (Destacado nuestro).

Ciertamente, al comparar los aspectos jurídicos de las competencias disciplinaria y sancionadora, se observa que se trata de dos potestades administrativas distintas, aunque

35 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit. pp. 94 y ss.

36 PAREJO ALFONSO, Luciano, "La actividad administrativa represiva y el régimen de las sanciones administrativas en el Derecho Español", en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph BREWER-CARÍAS*, Funeda, Caracas, 1996, p. 164.

ligadas en relación con los principios que les son aplicables en virtud de la identidad existente entre sus modos de exteriorización y en atención también a las consecuencias desfavorables para los eventuales sancionados y las garantías jurídicas que a éstos se deben otorgar.

En efecto, la diferencia entre ambas potestades administrativas represivas radica en el fundamento de cada una y en la finalidad por ellas perseguida. Así se desprende de la sentencia de la Sala Constitucional de 23 de junio de 2004 (caso *Carlo Palli*) en la que se afirmó lo siguiente:

La naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria, sin embargo, no implica su confusión ni generalización respecto de la potestad sancionadora de la Administración, pues mientras la potestad sancionadora consigue su fundamento y fin en el ejercicio de un poder de imperio dirigido a la preservación del ordenamiento jurídico administrativo y el alcance de determinado cometido de interés general, la disciplinaria se dirige a la represión de actuaciones contrarias a la conducta debida dentro de determinada estructura organizativa de servicio o bien en el marco de una relación jurídica concretada -en el caso que nos ocupa, la relación jurídica a que da lugar todo proceso judicial-, para que se logre el mantenimiento de la actuación ética y jurídicamente correcta, indispensable para el alcance de la plena eficacia del ejercicio de determinada función pública -en este caso la función judicial-.

Es esta la opinión de la doctrina mayoritaria, no obstante, hasta épocas recientes la tendencia era considerar a la potestad disciplinaria como tributaria o inmersa dentro de la potestad sancionadora de la Administración. Según exponía Montoro Puerto:

*[...] el hecho de que mediante aquella (sancionadora) se tienda a reprimir las infracciones debidas a incumplimiento de deberes genéricos de los ciudadanos y mediante la otra (disciplinaria) a los de carácter específico nacidos de una relación especial de sujeción, no es obstáculo para estimar que, en ambos casos, la administración actúa por idénticas razones y el fundamento de la potestad en virtud de la cual impone sanciones sea el mismo[...]*³⁷

Tal posición se considera hoy en día superada, señalándose al efecto que si bien la sanción administrativa y la sanción disciplinaria coinciden *formalmente*, esto es, en su forma de exteriorización, ambas responden al ejercicio de potestades administrativas diferenciadas que pueden coexistir porque cada una persigue cometidos diferentes -poder propiamente de represión y poder de organización- y por tanto, no es una tributaria de la otra. Tampoco es la potestad disciplinaria, como lo afirmara el fallo parcialmente transcrito, inherente ni derivada del poder punitivo estatal, pues no está concebida en cuanto poder de represión típico y exclusivo de los órganos del Poder Público, únicos con capacidad de imperio, sino que es atributo de la Administración en cuanto organización que es, tal como sucedería respecto de cualquier ente organizado, incluso de naturaleza privada, a fin de ejercer control sobre la actividad de sus miembros y en consecuencia sobre la eficacia de la actuación de ese aparato, de esa organización.

La anterior conclusión, relativa a la autonomía de la potestad disciplinaria respecto de la potestad sancionadora, no merma en modo alguno, la necesaria aplicación a aquélla de los principios que informan el ejercicio de ésta que en definitiva son, fundamentalmente, los principios que informan el proceso penal.

Así lo afirmó también la Sala Constitucional en su sentencia de 23 de junio de 2004, antes citada, al señalar que:

37 MONTORO PUERTO, Miguel, *La Infracción Administrativa. Características, manifestaciones y Sanción*, Ediciones Nanta S.A, Barcelona, 1965, pp. 330-331.

[...] la exclusión formal de la potestad disciplinaria respecto del ius puniendi del Estado no implica, en modo alguno, que no le sean aplicables los principios fundamentales que informan el ejercicio del poder punitivo estatal, pues, en definitiva, la imposición de un castigo disciplinario repercute en detrimento de la esfera jurídica del particular, tanto como una sanción penal o una sanción administrativa -máxime cuando, como en el caso de la potestad disciplinaria judicial, la sanción puede afectar la libertad personal- y, por ende, mal podría discriminarse el respeto de garantías y derechos reconocibles cuando se impongan determinadas sanciones[...].

La aplicabilidad de los principios sancionadores al ámbito disciplinario responde a una sencilla razón: si bien en su fundamento y naturaleza jurídica son dos potestades sustancialmente distintas, ambas se manifiestan a través de la imposición de sanciones y en consecuencia *la repercusión en detrimento de la esfera jurídica del particular también se identifica en todos los casos*.

En otros términos, con independencia de que una determinada sanción sea impuesta en el seno de una especial relación jurídica, o con ocasión de una situación genérica de sujeción administrativa, o bien se trate de una sanción de índole penal, *la afectación producida en la esfera jurídica del particular es cualitativamente la misma y por tanto mal podría discriminarse en ciertos casos el respeto de garantías y derechos reconocibles sólo cuando se ejerzan determinadas sanciones*.

No obstante, la observancia de algunos de los principios del Derecho sancionador -como el de la tipificación de las conductas sancionables- se considera *modulable* respecto del ejercicio de la potestad disciplinaria, ello con el fin de dar más flexibilidad a su ejercicio tomando en cuenta que se trata de especiales situaciones de sujeción en las que la interrelación jurídica es más frecuente e intensa³⁸, y además porque se requiere, en muchos casos, de una expedita exteriorización de la sanción a fin de que sea realmente eficaz.

38 Debe no obstante tomarse en cuenta la posición del Tribunal Constitucional Español, antes referida, en el sentido de que la especial sujeción en modo alguno puede mermar la observancia de los principios de legalidad formal y tipicidad, como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano, cuando en el seno de tales relaciones se ejercen potestades sancionadoras y en específico disciplinarias.

SEGUNDA PARTE
DERECHOS Y GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES

§8. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

Jaime Rodríguez-Arana

Catedrático de Derecho Administrativo
Presidente de la Sección Española
del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales constituyen la esencia misma del régimen constitucional¹ y acompañan, lógicamente, a la definición del artículo 1.1 de nuestra Constitución del “Estado social y democrático de Derecho”.

La combinación o, mejor, la interrelación entre derechos fundamentales y Estado social de Derecho permite, a mi juicio, avanzar algunas consideraciones sobre la operatividad de un nuevo Derecho Administrativo que, obviamente, trae su causa de los parámetros y principios constitucionales, pues como sentenciara el juez Werner el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretado.

La Constitución de 1978 ha producido evidentes impactos sobre los pilares de nuestro Derecho Administrativo² llegando, en mi opinión, al establecimiento de un Derecho Administrativo Constitucional presidido precisamente por una necesaria interpretación del interés general en armonía con los valores constitucionales.

El artículo 103 de la Constitución española comienza señalando que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”. Es decir, esos intereses generales que vienen definidos por la efectividad de los derechos fundamentales en el Estado social constituyen la razón de ser de la Administración Pública. El Derecho Administrativo Constitucional³, aunque pueda resultar en principio algo sorprendente, está llamado a garantizar los derechos fundamentales. Es más, como intentaré demostrar, es lógico que así sea puesto que el propio interés general se dirige hacia la efectividad de los derechos fundamentales.

1 STC 34/1986 de 21 de febrero.

2 *Ad. exemplum, Vid.* ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1986, pp. 30 y ss; GARRIDO FALLA, F., *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo*, Madrid, 1982, y, también el prólogo al vol. I del *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1985; MORELL OCAÑA, L., “El Criterium de la Administración Pública y el Derecho Administrativo Contemporáneo”, *REDA*, n° 29; ESCRIBANO COLLADO, P. “Crisis de los conceptos de Administración Pública y de Derecho Administrativo”, *REDA*, n° 37, PAREJO ALFONSO, L., *El Concepto del Derecho Administrativo*, Caracas, 1984.

3 Las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional son verdaderamente estrechas. Sirvan de testimonio las célebres frases de MAYER: “El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece” o de WERNER: “El Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretizado”.

Además, la definición del Estado social en clave dinámica se opone al intento del Estado por apropiarse de la sociedad, de forma y manera que la nueva funcionalidad del Derecho Administrativo Constitucional debe buscarse en el necesario reforzamiento y promoción de los derechos fundamentales en el marco de una acción combinada Estado-Sociedad.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL

Los derechos fundamentales han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo. Las normas que los regulan, unidas a las que definen el sistema económico y a las que articulan el modelo de Estado constituyen, sin duda, la parte de la Constitución de la que se deduce el modelo constitucional de Sociedad⁴.

En su origen, los derechos fundamentales se concebían como auténticos límites frente al poder político. Es decir, “imponían un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado”⁵. Esta dimensión de los derechos fundamentales era la lógica consecuencia del establecimiento de los postulados del Estado liberal de Derecho “en el que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana en su estricta dimensión individual”⁶. Por eso el Derecho Público al regular los diferentes intereses colectivos debía contar siempre con un ámbito vedado a su actuación.

Sin embargo, el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social ha traído consigo una nueva dimensión del papel y de la funcionalidad de los derechos fundamentales. Nueva orientación que encuentra su apoyo en la superación de la férrea y anacrónica entre Estado y Sociedad. Ya no son los derechos fundamentales solamente meras barreras a la acción de los Poderes Públicos. Más bien, se configuran como “un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los Poderes Públicos”⁷. En otras palabras, el Derecho Público del Estado Social debe orientarse hacia su realización efectiva. Este punto de vista explica por sí sólo el profundo impacto que están sufriendo las instituciones del Derecho Administrativo como consecuencia de la adecuada interpretación que deba hacerse de los intereses generales en cada caso. Interpretación que está, como veremos, profundamente conectada a la efectividad de los derechos fundamentales como tarea suprema del Estado Social en general, y de la Administración pública en particular.

En el Estado liberal, por otra parte, los derechos fundamentales se concebían, ya se ha comentado, a partir de la idea de garantizar un ámbito personal frente al Estado. Sin embargo, progresivamente ha ido cobrando fuerza la opinión, ya consolidada en la jurisprudencia constitucional alemana y española, de la incidencia de los derechos fundamentales, no sólo frente a los Poderes Públicos, sino, también, en el marco del Derecho Privado y de las relaciones jurídicas privadas⁸. Por eso, como señala Pérez Luño, la

4 PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1986, p. 19.

5 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La significación de las libertades para el Derecho Administrativo”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1981, p. 116.

6 PÉREZ LUÑO, E., *op. cit.* p. 20.

7 PÉREZ LUÑO, E., *op. cit.* p. 21.

8 Esta corriente doctrinal se la conoce por la expresión alemana “Drittwirkung der Grundrechte”. Recientemente ha aparecido una monografía en nuestro país de GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986, a la que nos remitimos “*in totum*”.

“Drittwirkung” hace necesaria la actuación de los Poderes Públicos encaminada, como señala el artículo 9.2 CE, a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y a “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”⁹. Es decir, la Administración cumple su función constitucional en la medida que facilite y promueva el ejercicio libre y solidario de los derechos fundamentales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

Otro elemento, de carácter general, que ayuda a una comprensión de los derechos fundamentales en el Estado Social se encuentra en la aparición de los denominados “derechos económicos y sociales”. En principio podría parecer que con esta denominación se trata de diluir el valor de la libertad en detrimento del elemento igualdad. Pienso que estos derechos tienen una función que se encuentra al servicio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad. Así, el polémico binomio libertad-igualdad no se encuentra en franca oposición. Se complementa, eso sí, al servicio del pleno desarrollo de la subjetividad humana. Es más, me atrevería a afirmar que para que la libertad sea real, debe ser esencialmente solidaria.

Nuestro Tribunal Constitucional ha precisado con claridad el alcance y la trascendencia de los derechos fundamentales como elementos “clave” del Ordenamiento jurídico.

Así, por sólo citar algunos de sus pronunciamientos más importantes, resulta que constituyen “la escena misma del régimen constitucional”¹⁰, son de aplicación directa, sin que sea necesaria para su efectividad un desarrollo legislativo¹¹, “son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política”¹² o, también, como ha señalado solemnemente la sentencia de 14 de julio de 1981: “La Constitución reserva a las Cortes Generales todo cuanto se refiere al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto”.

Afirmaciones, todas ellas, que responden, desde un punto de vista objetivo, a erigir a los derechos fundamentales como elementos esenciales sobre los que debe apoyarse el Ordenamiento jurídico en su conjunto¹³.

Subjetivamente, tienden a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social¹⁴.

Los derechos fundamentales, desde la óptica subjetiva, ponen de manifiesto que “el mantenimiento de la libertad se erige en fin del mismo Estado”¹⁵. Lo cual, además de

9 PÉREZ LUÑO, E., *op. cit.* p. 23.

10 STC de 21 de febrero de 1986.

11 STC de 17 de mayo de 1983.

12 STC de 11 de abril de 1985.

13 La STC de 14 de julio de 1981 señala en este sentido que los derechos fundamentales “son elementos esenciales de un Ordenamiento objetivo de la Comunidad Nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”.

14 PÉREZ LUÑO, E., *op. cit.* p. 22. En este sentido donde una perspectiva subjetiva, la citada STC de 14 de julio de 1981: “los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un “status” jurídico o la libertad de un ámbito de la existencia”.

15 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *loc. cit.* p. 118.

evitar las interferencias del Derecho Público en este sentido demanda una actitud positiva del legislador que “haga posible la realización de dicho fin y asegure en la práctica su efectividad”¹⁶. Principio de efectividad que es una de las auténticas manifestaciones de la “vis expansiva” de la interpretación de los derechos fundamentales y que se encuentra reconocido en el art. 9.2 de nuestra Constitución:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

El Derecho Público, por tanto, encuentra su razón de ser constitucional en la promoción de los derechos fundamentales ya que como señala también el artículo 10.1 CE “la dignidad de la persona”¹⁷, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

En otras palabras “el artículo 9.2 de la Constitución es un precepto que compromete la acción de los Poderes Públicos”¹⁸, lo cual explica que, como señala García De Enterría, la operatividad de los derechos fundamentales se dirija hacia la organización de prestaciones positivas del Estado a favor del ciudadano “que hagan permanentemente posibles su existencia, su libre desarrollo y el mantenimiento de su papel central en el sistema”¹⁹.

Desde esta perspectiva, Doehring ha podido afirmar que la cláusula del Estado Social en la Ley Fundamental Alemana equivale al establecimiento de “la oportunidad del libre desarrollo del ciudadano en la Sociedad”²⁰. En nuestro país, el citado artículo 10.1 CE señala también con claridad que la paz social se fundamenta en el libre desarrollo de la personalidad. Ello equivale, a mi juicio, a afirmar que el Estado Social debe tener muy presente en su actividad que se promueva el desarrollo de la persona en libertad en la sociedad.

Normalmente se ha conectado la idea del Estado Social a la tarea de ayudas sociales. Sin embargo, como señala Doehring este sistema de ayudas sociales “no descansa en una configuración del Estado o de la Sociedad, sino precisamente en su fracaso”²¹ y se deduce de la misma pertenencia del individuo al Estado²². No es, por tanto, la nota esencial al Estado Social, sino un deber ya proclamado con mucha anterioridad²³.

16 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *loc. cit.* p. 118, sigue diciendo que “al lado de la obligación tradicional de no hacer, la estructura técnica de la libertad grava hoy al Estado con obligaciones accesorias de hacer (BRAUD) para hacer eficaz esa libertad que la sola abstención ya no asegura en una sociedad menesterosa y escasamente autosuficiente.

17 Sobre el papel de la dignidad de la persona en relación a los derechos fundamentales, *vid.* el libro de GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, especialmente pp. 96 y ss.

18 STC de 31 de marzo de 1986. Además, sobre este precepto constitucional ya existe una abundante jurisprudencia del TC: STC de 13 de febrero de 1981, de 16 de marzo de 1981, de 8 de abril de 1981, de 2 de julio de 1981, de 25 de enero de 1983, de 27 de junio de 1985... *vid.* también la STC de 27 de junio de 1984 (A. 4646) sobre la función promocional de los Poderes Públicos.

19 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *loc. cit.* p. 119. También, v., PAREJO ALFONSO, L., *El Concepto de Derecho Administrativo*, Caracas, 1984, pp.210, 213 y 226.

20 “Sozialstaat Rechtsstaat und Freiheitlich-Demokratische Grundordnung”, en *Die Politische Meinung*; traducción de PUENTE EGIDO, J., en *El Estado Social*, varios, Madrid, 1987, p. 157.

21 *Op. cit.* p. 158.

22 V., GECK, W.K. *Diplomatischer Schutz, Wörterbuch des Völkerrechts*, Bd., I, 1960, p. 381 o DOEHRING, K., *Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes*, 1959, p. 46.

23 Como señala DOEHRING (*Op. cit.* p. 159) respecto a la Ley Fundamental de Bonn, la noción de Estado Social no se reduce a la “mera igualdad” sino a la realización de la igualdad de oportunidades, que prevalece sobre la mera

El artículo 10.1 CE concibe el libre desarrollo de la personalidad como uno de los fundamentos del orden político y de la “paz social”. Por tanto, el Estado Social debe posibilitar a cada persona adoptar decisiones individuales en un contexto solidario. Se trata, pues, de garantizar la “igualdad de oportunidades”²⁴: igualdad de todos los españoles ante la Ley con garantía de los mismos derechos fundamentales, lo cual puede conseguirse a través de la participación de los ciudadanos, con los mismos derechos fundamentales, en el control inmediato del funcionamiento del sistema político al servicio del interés general.

Así, a través de esa participación social en la responsabilidad y en la toma de decisiones, el hombre puede llegar a realizarse como personalidad propia y, esto es decisivo, esa realización personal solidaria le permite desempeñar mejor su papel en la Sociedad. La conclusión aparece clara: cuánto más se potencien las facultades particulares y propias de cada persona desde la solidaridad así la Sociedad se beneficiará de ello en mayor o menor medida. A todo ello no debe ser ajeno, lógicamente, el legislador ni la Administración, tal y como se deduce de lo dispuesto en el artículo 53.3 de nuestra Constitución.

La tarea de previsión social, de ayuda social que debe realizar el Estado social pienso que no se consigue exclusivamente a través de la promoción de la “igualdad”. La experiencia de los países colectivistas así lo evidencia²⁵. El Estado de bienestar estático confirma el fracaso de construir las expresiones de la política subvencional en principio y fin de sí mismas. En cambio, desde la perspectiva estática, estas ayudas son puntos de partida o presupuestos para el ejercicio de la libertad solidaria por los ciudadanos.

El Estado debe, en primer lugar, fomentar el pleno desarrollo personal solidario de los ciudadanos. A esa finalidad debe ir encaminada la ayuda estatal. Por eso, pienso que es acertado el diagnóstico de Doehring: “el desarrollo de la persona en libertad es la base del Estado Social”²⁶. De ahí que el deber del Estado para prevenir la necesidad individual sea una consecuencia del entendimiento, aquí propuesto, del Estado Social porque “el valor de la libertad se capta cuando ha sido perdida”²⁷ y ante situaciones de esta índole el Estado debe actuar para asegurar la propia libertad personal. Es decir, invertir en libertad desde el Estado facilita la consecución del Estado Social. Cuanta mayor dosis de pleno desarrollo personal consiga el Estado, mayor armonía social, siempre desde la perspectiva del concepto de la libertad solidaria.

También es útil la referencia a la igualdad como prohibición de la arbitrariedad tal y como señala la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán²⁸ pues, según Doehring, trae consecuencias para el concepto de libertad ya que ésta existirá “en cuanto su ejercicio no conduzca a la arbitrariedad”²⁹. Por eso, la igualdad como elemento del “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.1 CE) debe entenderse dentro de la libertad. Lo que significa el derecho de los ciudadanos a ser libres del mismo modo³⁰. Es decir, posibili-

igualdad. Para este autor la igualdad de oportunidades no supone necesariamente la igualdad de oportunidades retributivas sino que dicha igualdad se haya vinculada a la libertad: “la oportunidad del propio desarrollo en la libertad lleva necesariamente a la posibilidad de una decisión personal que permita elegir individualmente los valores que realicen esa vida personal...” (p. 166).

24 DOEHRING, *op. cit.* p. 160.

25 DOEHRING, *op. cit.* p. 161.

26 DOEHRING, *op. cit.* p. 161.

27 BVERFG v. 23-10-1951, BVERFG v. 16-6-1959, BVERFG v. 23-3-1971, BVERFG v. 12-3-1975, BVERFG 39, 169 (196).

28 DOEHRING, *op. cit.* p. 165.

29 Pienso que así debe entenderse el artículo 9.2 CE en su referencia a la “libertad e igualdad del individuo”.

30 Como señala DOEHRING, *op. cit.* p. 166, “el fin último de las Democracias Liberales Occidentales que debe ser garantizado por el Estado es “la libertad igual”, es decir, una situación en la que cada uno disponga del mismo grado de libertad.

tar el “libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, los derechos inviolables, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás” del mismo modo para todos los españoles³¹. Y, esa tarea, supone una tendencia hacia la que irreversiblemente debe adecuarse el interés general y, por ello, el Derecho Público en su conjunto. De otra parte, la existencia de límites “sociales” en el ejercicio de los derechos fundamentales ayuda a entender su operatividad en el Estado Social. La vinculación de los derechos fundamentales y libertades públicas a los intereses generales precisamente garantiza su existencia³².

Así, por ejemplo, la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 señala que:

Los derechos ejercitados bajo la presión de la posible eventual limitación, abstractamente existente, no se hacen valer con la misma libertad con la que se utilizan aquellos otros en los que tal previsión no existe. Sin embargo, creemos que esta observación no es decisiva. Los derechos continúan ejercitándose libremente. La libertad no resulta coartada por el hecho de que eventuales medidas correctoras puedan ponerse en práctica, como no deja de haber realidad donde hay margen de riesgo³³.

Ello porque “existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales”³⁴. Estos límites operan, como señalaba antes, además de como elementos constitutivos del mismo derecho, como elementos de robustecimiento. Entre otras razones porque los intereses generales se encuentren orientados precisamente hacia la consecución y hacia el efectivo ejercicio de la libertad personal de todos los ciudadanos en Sociedad³⁵.

Ahora bien, ni los derechos fundamentales o libertades públicas ni sus límites son absolutos. El principio constitucional de libertad y sus limitaciones precisamente se constituyen en “medios” para alcanzar el orden político y la paz social:

[...] los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menor que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja una restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y la paz social (sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986).

La afirmación de que los límites a las libertades individuales poseen, una elevada dosis de reforzamiento de las libertades pienso que se ilustra, por vía de ejemplo, con las siguientes palabras de Doehring:

[...] la garantía institucional en favor de los centros de enseñanza superior beneficia al desarrollo y fomento de la libertad científica individual. El elemento colectivo del quehacer científico común, cual es por ejemplo, el de la investigación y docencia, no es un fin en sí mismo. Los profesores universitarios enseñan a personas y no a colectivos, y son estos individuos los que reciben el

31 Al decir de DOEHRING, *op. cit.* p. 140 “Si el derecho de propiedad no estuviera limitado en su función social, no existiría como tal o lo sería sólo entendido en su globalidad; esto es, como una propiedad del Estado o de la colectividad, en el sentido de los países comunistas”.

32 *Vid.* también sobre el tema, las STC de 29 de enero de 1982 o la de 17 de febrero de 1984.

33 STC de 17 de febrero de 1984.

34 Así por ejemplo, MRONZ, D., *Körperschaften und Zwagsmitgliedschaft*, 1933, p. 61.

35 Como señala DOEHRING, *op. cit.* p. 137 “únicamente cuando existen tales limitaciones es realizable la libertad individual, esto es, sin ellas dicha libertad no existiría...” o (p. 141): “Puesto que la libertad sin límites se destruye asimismo, la limitación a la libertad a la libertad es un elemento integrante de esa misma libertad”.

beneficio directo de ellos, sólo de modo indirecto resultarán beneficiados los colectivos que éstos constituyen y cuya calidad aumenta o disminuye en función de la de los miembros que los componen. El instituto del derecho de asociación sirve al desarrollo del individuo en armonía con los fines de la asociación ya que el ejercicio de la libertad de esa persona no sería posible sin la existencia de dicha colectividad [...] ³⁶.

[...] el derecho de reunión pacífica permite al individuo hacer valer un voto y con ello dar cauce a la expresión de su opinión, ya que sin esa reunión el individuo no sería escuchado y su opinión carecería de eficacia (...). La institución de la propiedad solamente puede realizarse a través de su función social, que por eso mismo tiene un efecto constitutivo, (...) se diría que el límite fijado por el Derecho Urbanístico en las distancias es el que confiere el derecho a edificar. Si no existiere tal “limitación social” ciertamente el dueño del solar sería libre en su disposición, pero únicamente libre en el primer dispositivo, nada más ³⁷.

En resumen: las limitaciones por motivos sociales o, de interés público si se quiere, potencian todavía más el conjunto de las libertades públicas. De ahí que el sentido de lo que deba entenderse por interés público o general en el Estado Social venga determinado, en última instancia, por una decisión firme del legislador o de la Administración en el sentido de fomentar la “libertad igual”, o libertad solidaria, de los ciudadanos de Sociedad, o lo que es lo mismo, según el artículo 10.1 CE buscar “el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, los derechos inviolables, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás”.

III. EL INTERÉS GENERAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales “constituyen la esencia misma del régimen constitucional” ³⁸, y son “elementos esenciales de un Ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica”.

Por ello “dan sus contenidos básicos a dicho Ordenamiento, en nuestro caso al del Estado Social y Democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal (...), son un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente (...), establecen una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna” ³⁹.

Los derechos fundamentales, por tanto, se constituyen en pieza clave del sistema constitucional. De ahí que la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 1984 señale con contundencia “el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales” ⁴⁰.

No se trata de una consideración aislada de nuestro Alto Tribunal. Todo lo contrario. Afortunadamente, la afirmación de que el propio interés general se orienta hacia la pro-

36 DOEHRING, *op. cit.* pp.142-143.

37 DOEHRING, *op. cit.* pp.144-145.

38 STC de 21 de febrero de 1986.

39 STC de 14 de julio de 1981.

40 En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, *loc. cit.*, p. 122: “Hoy, el interés público primario es, justamente, el respeto y el servicio de los derechos fundamentales, cuyo libre y pacífico ejercicio es el fundamento mismo del Orden Público (artículo 1 LOP, y aún del orden político entero: el artículo 10.1 de la Constitución) y no el objetivo a eliminar para una transpersonalización de éste. La articulación de las libertades públicas individuales con el interés general deberá buscarse en el sistema constitucional mismo y en las Leyes Orgánicas que lo desarrollen (artículo 81.1), y no en ninguna apreciación subjetiva de los funcionarios”.

tección y reforzamiento de los derechos fundamentales puede decirse que se encuentra perfectamente consolidada en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986, con cita de la de 14 de julio de 1981, señaló:

[...] los derechos fundamentales resultan ser elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, reiterando el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales⁴¹.

Igualmente, la sentencia de 13 de febrero de 1985 estableció que el respeto a los derechos fundamentales consagrados por la Constitución constituye “un componente esencial del Orden público”. En definitiva, la tarea de protección y promoción de los derechos fundamentales debe ser asumida por el Estado hasta el punto de constituir una de sus principales funciones:

Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política...⁴².

Por tanto, según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, el Derecho Administrativo Constitucional encuentra en la protección y consolidación de los derechos fundamentales la esencia de su tarea de “servir con objetividad a los intereses generales” (art. 103 CE).

Se trata, pues, de que el propio Derecho Administrativo Constitucional se oriente hacia la consecución efectiva de la “libertad en igualdad”. Al menos, una aproximación a la “vis expansiva” de los derechos fundamentales en el Estado Social así lo demanda.

El concepto de interés público, o si se quiere interés general, que se suele utilizar como fórmula para limitar derechos fundamentales, en última instancia debe garantizar la efectividad de los derechos fundamentales. Pensemos, por ejemplo, en el instituto expropiatorio: la expropiación de un determinado local para instalar un servicio público se dirige hacia el beneficio de los ciudadanos en general⁴³. Si no fuera así, o si se beneficiaran “determinadas personas” de esa expropiación, nos encontraríamos con una clara desnaturalización del sentido del interés general en el Estado Social de Derecho.

Es decir, el interés público, el respeto al interés general, es el que permite instaurar el principio de libertad. Por tanto, como señala la sentencia del Tribunal de 12 de diciembre de 1986:

Tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto se derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 101.1 de la Constitución “como fundamento del orden político y de la paz social”.

De ahí que, como sigue diciendo esta misma sentencia:

[...] resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras (derechos fundamentales) y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción.

Por ello, al ser los límites a los derechos fundamentales sus principales presupuestos constitutivos, los derechos y libertades fundamentales junto a sus límites se reconducen hacia la eficacia y potenciación de los primeros:

41 En el mismo sentido, la STC de 16 de octubre de 1984.

42 STC de 11 de abril de 1985.

43 *Vid. DOEHRING, op. cit.* p. 146.

Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser integrados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos⁴⁴.

Ahora bien, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, el Estado Social de Derecho impide que la propia Administración pública monopolice la asunción del interés general:

La configuración del Estado como Social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad.⁴⁵

IV. ESTADO-SOCIEDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL

La sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de febrero de 1984, a los efectos que interesan ahora, dispone:

La interpenetración entre Estado y Sociedad se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación por el Estado de Entidades de carácter social en cuanto su actividad presenta un interés público relevante, si bien los grados de intensidad de esta ordenación y de intervención del Estado pueden ser diferentes⁴⁶.

Todas estas entidades sociales constitucionales tienen asignadas tareas importantes en cuanto a la determinación del interés público, lo cual pone de manifiesto, como señala la propia sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de febrero de 1984, que el interés general ya no se encuentra bajo la titularidad exclusiva de la Administración Pública⁴⁷.

Entonces, esos intereses públicos gestionados por dichas entidades de carácter social también deben orientarse hacia el pleno desarrollo de la “libertad igual”, o libertad solidaria, de sus respectivos miembros. De esta forma, la dinámica de la propia sociedad, en última instancia debida a decisiones personales de sus individuos, se dirige progresivamente hacia una instauración efectiva de los derechos fundamentales en el Estado Social. Ello también demuestra la insuficiencia de la operatividad del propio Estado cuya actividad cobra así un importante carácter de subsidiariedad. En el fondo, no se trata más que de negar la identidad entre Estado y Sociedad⁴⁸ y, por el contrario, afir-

44 STC de 12 de diciembre de 1986.

45 STC de 7 de febrero de 1984.

46 Así, la sentencia citada hace una enumeración de dichas Entidades de carácter social cuyas actividades ofrecen un interés público relevante: “formaciones sociales con relevancia constitucional (partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales); entes de base asociativa representativas de intereses profesionales y económicos, (entes asociativos o fundacionales), de carácter social y con relevancia pública... entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o interés general”.

47 Vid. MEILAN GIL, Prólogo al libro de J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La suspensión del acto administrativo*, Madrid, 1986, pp. 28 y ss.

48 La identidad entre Estado y Sociedad arranca, entre otros autores, de HEGEL. Así, BARKER, E. en *Political Thought in England: 1848-1912*, 1942, p. 66 hace notar, criticando la teoría neohegeliana de F. H. BRADLEY que en el pensamiento de HEGEL la “Sociedad” queda absorbida por el Estado. Además, *vid.*, sobre la operatividad de la identidad entre Estado-Sociedad en los Estados totalitarios: BÖCKENFÖRDE, E.W., *Die Bedeutung der Unterschei-*

mar el importante contenido liberalizador⁴⁹ de una sociedad que se organice hacia la búsqueda del libre desarrollo de la personalidad de cada individuo en el marco de la solidaridad.

Al Estado no le queda más remedio en el marco del Estado Social, que observar “activamente” el progresivo crecimiento de entes sociales que buscan según la orientación aquí propuesta, la consecución de su respectivo interés público. En la medida que el Estado, no sólo legitime, sino “potencie” la recta orientación de dichas entidades hacia el interés público, estará fomentando el desarrollo de los derechos fundamentales como valores del Estado Social.

En definitiva, el Derecho Administrativo Constitucional o, si se quiere el Derecho Público Constitucional, se encuentra condicionado por el Estado Social. Este, ha quebrado el dogma de la titularidad exclusiva del interés general en manos de la Administración del Estado como señala la doctrina del Tribunal Constitucional. Como consecuencia, y en la medida en que se ponga el acento en la prioridad temporal de los intereses colectivos como elementos determinantes del Derecho Administrativo Constitucional, el Derecho Administrativo en el marco del Estado Social ha adquirido un nuevo compromiso que le diferencia de su operatividad en épocas pasadas. Ahora debe orientarse hacia el pleno desarrollo de los derechos fundamentales en un contexto solidario.

Consecuencia que, según lo aquí expuesto, permite deducirse de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 cuando señala:

De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, así cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas”, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa⁵⁰.

V. REFLEXIÓN FINAL

La sentencia que acabo de transcribir ofrece dos importantes consideraciones respecto a la operatividad del Derecho Administrativo Constitucional.

Primera: los derechos fundamentales, como fin del orden jurídico y de la paz social (art. 10.1 CE) deben ser asumidos, como elementos centrales del sistema constitucional, por el legislador y la Administración.

dung von Staat und Gesellschaft im Demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, ein Festschrift für W. Hefermehl, 1972, p. 17 o STÜBER, R. Die Stadt als soziale und politische Gemeinschaft im entwickelten gesellschaftlichen System des Sozialismus, Staat und Recht, 1968, pp. 1342 y ss.

49 FORSTHOFF, F., “Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verrortnung”, en Der Staat, Bd. 2, 1963, pp. 392 y ss. señala que los derechos fundamentales entendidos al margen de su sometimiento incondicional al Estado “llevan a una completa remodelación de nuestro Orden jurídico tradicional” y “eliminan el dualismo Estado-Sociedad”.

50 En este sentido, HESSE, K., Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik, AEUGRZ 1978, pp.437 y ss: los derechos fundamentales “determinan, de modo positivo, en cuanto que directrices y factores de incitación, los deberes del Estado y su defensa”. En el mismo sentido SCHEUNER, U., Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, DÖV, 1971, p. 505.

Esa asunción se ordenará en mayor o menor medida hacia el Estado Social en cuanto obtengan mayores cotas de una libertad que sea ejercitada en las mismas condiciones por los ciudadanos en Sociedad.

Segunda: esa asunción de los derechos fundamentados, además de ser “impulso y línea directiva” que organice el sistema del Derecho Administrativo Constitucional, introduce un elemento quizás sorprendente. El Derecho Administrativo debe “contribuir a la efectividad de tales derechos (...) aún cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”. Es decir, como “los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico como de cada una de las ramas que la integran⁵¹, el Derecho Administrativo se encuentra condicionado, en cuanto a su enmarque constitucional, por los derechos fundamentales hasta el punto de que la actividad administrativa en su conjunto debe plantearse, como primer y único fin, hacia la realización efectiva de los derechos fundamentales. Por otra parte, ya hemos avanzado nuestra opinión sobre el significado de los derechos fundamentados en el Estado Social. Por tanto, el ejercicio de la libertad, principio que se encuentra en la entraña de las libertades fundamentales, ha de ser garantizado en las mismas condiciones a todos los ciudadanos por el mismo Estado.

Este es en mi opinión, el sentido de la operatividad del Estado Social. En modo alguno se produce como tantas veces se argumenta⁵², una oposición libertad-igualdad. Todo lo contrario, en la medida en que el Estado “tolere” o en su caso potencie, el libre desarrollo de la personalidad en igualdad de condiciones hacia una mayor dignidad de la persona, resulta que la combinación libertad-igualdad aparece en relación de complementariedad. La igualdad al servicio de la libertad para la consecución de mayor dignidad personal, o, sería lo mismo, mayor desarrollo de la personalidad en libertad⁵³. Además, el interés general entendido como concepto inmediatamente relacionado con la realización de los derechos fundamentales y como elemento que permite un poderoso protagonismo de los entes sociales como organizaciones al servicio de intereses generales, invita a un cambio de rumbo en la marcha del Derecho Administrativo. Ni más ni menos que ampliar notablemente el ámbito de operatividad de un Derecho Administrativo que debe girar, no ya sobre la prerrogativa o privilegio administrativo, sino sobre los derechos fundamentales que se erigen, además de en presupuestos de su actividad, en el punto final de su itinerario.

51 STC 53/1985, de 11 de abril.

52 *Vid.* LEIBHOLZ, G., *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1959, pp. 17 y ss. o ZACHER, H. F., *Freiheitliche Demokratie*, 1969, pp. 111 y ss.

53 En este sentido, B. HECK, en el prólogo al ensayo de DOEHRING citado en este trabajo: “De esencia de la dignidad del hombre es que cada uno tome en su propia mano su libertad y adopte en consecuencia una conducta personal. En correspondencia con esa libertad, que presupone la dignidad personal del hombre, está la justicia como valor fundamental en la libre ordenación de la Sociedad y del Estado, y en ella está insita la igualdad en tanto que presupuesto de la justicia en las oportunidades. El concepto de la igualdad es útil y justo allí donde apunta a la eliminación de los condicionamientos causante de desigualdad cuando éstos no sean necesarios ni aceptables, allí donde haya que remediar las injusticias de nuestro orden social en libertad” (p. 112).

§9. HACIA EL DOMINIO ESTATAL DE LA PERSONALIDAD HUMANA. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EN RADIO Y TELEVISIÓN Ó LEY DE CONTENIDOS DE VENEZUELA

Asdrúbal Aguiar

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y
Universidad Central de Venezuela

I. PRELIMINAR

La Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión (ó Ley de Contenidos) fue sancionada por la Asamblea Nacional el 7 de diciembre de 2004 (*Cf. G.O. N° 38.081*). Nace de un proyecto que anunciara, a propósito de sus distintas confrontaciones con la prensa, el Presidente de Venezuela, Hugo Chávez Frías (*Cf. nuestro ensayo *El calvario de la libertad de prensa*, Caracas, Diario El Universal, 3 de mayo de 2004*) y que se hace realidad con los votos de la mayoría simple que representaban sus diputados en el seno del parlamento.

El texto en cuestión es sancionado, así, como ley ordinaria y de suyo omitiéndose la exigencia constitucional a cuyo tenor sólo mediante leyes orgánicas se pueden “desarrollar los derechos constitucionales” (Artículo 203 de la Constitución).

Sus antecedentes inmediatos se encuentran en los artículos 208 y 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, cuyos textos dan cuenta de la novísima visión que acerca de los contenidos de la información privó en la legislatura responsable de sancionarlos a instancias del Gobierno y en lo relativo al rol determinante y discrecional que habría de corresponderle a éste en su claro papel de censor de la opinión pública:

Artículo 208. Hasta tanto se dicte la ley que regule el contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicación, el Ejecutivo Nacional, mediante reglamento, podrá seguir estableciendo las regulaciones que considere necesarias. Se mantendrán en vigencia, salvo lo que disponga la Asamblea Nacional o el Ejecutivo Nacional, según el caso, todas las disposiciones legales y reglamentarias y cualquier otra de carácter normativo que regulen, limiten o restrinjan, el contenido de dichas transmisiones o comunicaciones. (Omissis) (cursivas nuestras)

Artículo 209. Hasta tanto se dicte la ley correspondiente, el Ejecutivo Nacional podrá, cuando lo juzgue conveniente a los intereses de la Nación, o cuando así lo exigiere el orden público o la seguridad, suspender la transmisión de comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones, todo ello de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. (cursivas nuestras)

Sea lo que fuere, para entender la ley de marras en su razón y propósitos es menester, entonces, reparar en el contexto político de la que hace parte y, sobre todo, se requiere entender a cabalidad el marco o modelo constitucional que le ha servido de referencia y que en modo alguno lo disimula el dualismo o la bicefalia ideológica que comparten, en común, tanto la Constitución de 1999 como la misma Ley de Contenidos.

En cuanto a lo primero bástenos con observar que esta ley llega precedida de la aprobación reciente y mediando la igual y señalada mayoría simple que hacían los diputados gubernamentales en la Asamblea Nacional, de otra ley que modifica e incrementa en su número la composición orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; a pesar de que el número y la distribución de los magistrados del más alto colegiado judicial venezolano había sido fijado, originalmente, por un acto de rango constitucional emanado de la Asamblea Nacional Constituyente.

La novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (*G.O.* N° 37.942 del 20 de mayo de 2004), en efecto, elevó desde veinte hasta treinta y dos los magistrados del caso, siendo designados éstos en lo inmediato por la fracción parlamentaria oficial, con omisión deliberada de las normas constitucionales sobre participación ciudadana (artículo 264 de la Constitución) y dentro de una nómina única de candidatos aportada por el Gobierno y sus partidarios.

El juicio de valor preventivo que emitiera desde tiempo anterior el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, César Gaviria, exime de todo juicio de valor o comentario al respecto:

El Gobierno debería pensar dos veces en los riesgos que entraña el aumento de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. El Tribunal ganó muchísimo por su muy equilibrado comportamiento después de los hechos de abril de 2002. Si se avanza en la ampliación debería ser de manera convenida con la oposición. Creo que asegurar una cómoda mayoría para los partidos afines al Gobierno puede conducir a una pérdida de confianza en la independencia del Poder Judicial. Una justicia que pueda calificarse de politizada no me parece un avance en el fortalecimiento de la democracia ni contribuye a la lucha contra la impunidad con la que están comprometidos todos los sectores. (*Informe sobre la facilitación internacional que le prestara a Venezuela hasta el 15 de agosto de 2003*).

A su vez, declaraciones posteriores del diputado oficialista Pedro Carreño, Presidente de la Comisión de Postulaciones de la Asamblea, no dejan dudas en cuanto al claro propósito gubernamental de someter a su control y de disponer al servicio del “modelo constitucional” que le anima toda la estructura de la Administración de Justicia:

No fue considerado ningún candidato con algún rastro opositor. No nos vamos a meter un autogol” (*cit.* Manuel Felipe Sierra, “Las nuevas dictaduras”, *Diario El Nacional*, Caracas, 14 de diciembre de 2004).

Tal grado de sujeción del sistema judicial por el Gobierno - piénsese que el 80% de los jueces venezolanos ostentan la condición de provisorios y son removidos sin fórmula de juicio por el Tribunal Supremo (CIDH, *Informe anual*, 2003, párrs. 55, 57-59) -de suyo y en lo adelante le asegurará- hecho que importa para los fines del análisis que nos ocupa - una interpretación y aplicación interesadas de su Ley de Contenidos, sin que haya lugar a fisuras de ningún genero. Pero ello parecería no bastar para los fines que son denominador común en la estrategia política global que acompaña a la Ley de Contenidos.

Así que, aprobada como fue la citada Ley Orgánica del TSJ y, seguidamente, la referida ley para el control de la opinión y de la información transmitida por los medios radioeléctricos o Ley de Contenidos, ha sido también sancionada una reforma parcial y puntual de la legislación penal sustantiva o Código Penal, a objeto de agregarle consecuencias de carácter aflictivo a algunas de las hipótesis de violación de los propósitos de la última ley y con ello, a su vez, traspasando el marco de los medios de comunicación radioeléctricos, “criminalizar la disidencia” política o de opinión pública en general.

Algunos artículos incorporados a la Ley de Reforma Parcial del Código Penal, sancionada el 6 de enero de 2005, son suficientes para ilustrar sobre lo mencionado:

Artículo 148. Quien ofendiere de palabra o por escrito, o de cualquier otra manera irrespetare al Presidente de la República o a quien esté haciendo sus veces, será castigado con prisión de seis meses a treinta meses si la ofensa fuere grave, y con la mitad de esta si fuere leve. (*Omissis*).

Artículo 149. Cuando los hechos especificados en el artículo precedente, se efectuaren contra la persona del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de algunos de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, de un Ministro del Despacho, un Gobernador de Estado, diputado o diputada a la Asamblea Nacional, del Alcalde Metropolitano, rector o rectoras del Consejo Nacional Electoral, o del Defensor del Pueblo, o del Procurador, Fiscal General o Contralor General de la República o algún miembro del Alto Mando Militar, la pena indicada en dicho artículo se reducirá a su mitad, y a su tercera parte si se trata de los Alcaldes de los Municipios.

Artículo 297. Todo individuo que por medio de informaciones falsas difundidas por cualquier medio impreso, radial, televisivo, telefónico, correos electrónicos o escritos panfletarios, pretenda causar o efectivamente cause pánico en la colectividad o la mantenga en zozobra, será castigado con prisión de dos a cinco años. (*Omissis*)

Artículo 444. Quien comunicándose con varias personas reunidas o separadas, hubiere imputado a algún individuo un hecho determinado capaz de exponerlo al desprecio o al odio público, u ofensivo a su honor o reputación, será castigado con prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de 100 a 1000 unidades tributarias.

Si el delito se cometiere (*omissis*) con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público, o con otros medios de publicidad, la pena será de dos a cuatro años de prisión y multa de 200 a 2000 unidades tributarias. (*Omissis*).

Artículo 446. Todo individuo que en comunicación con varias personas, juntas o separadas, hubiera ofendido del alguna manera el honor, la reputación o el decoro de alguna persona será castigado con prisión de seis meses a un año y multa de 50 a 100 UT. (*Omissis*).

Artículo 508. Todo el que, con gritos o vociferaciones, con abuso de campanas u otros instrumentos, o valiéndose de ejercicios o medios ruidosos, haya perturbado las reuniones públicas, o las ocupaciones o reposo de los ciudadanos, será penado con arresto de hasta por un mes y con multa hasta de cien unidades tributarias, aumentándose de uno a dos meses de arresto y multa de doscientas unidades tributarias en el caso de reincidencia en la misma infracción.

Si el hecho ha sido cometido contra la persona del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de algunos de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, (*omissis*), miembros de la Asamblea Nacional, de los Consejos Legislativos de los estados, (*omissis*), podrá imponerse arresto de tres a cuatro meses y la multa podrá ser de hasta 500 Unidades Tributarias.

1. Un modelo constitucional hegeliano, totalitario y “refundador”

La llamada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada mediante referéndum popular en 1999 y que motivara, más luego, sucesivas publicaciones oficiales con reformas y agregados de hecho a su texto original, por ende, inconstitucionales, introduce su articulado con una disposición que es modélica y transversal a la misma:

Artículo 3. El Estado tiene como sus fines esenciales (*omissis*) el desarrollo de la persona (*omissis*).

El artículo 102 y el artículo 1 constitucionales, mismamente y en directa relación, sitúan en su exacto contexto el sentido de la prescripción precedente, disponiendo que:

Artículo 102. (omissis) La educación es un servicio público y está fundamentado en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada (omissis) en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social con- sustanciados con los valores de la identidad nacional (omissis). (Cursivas nuestras)

Artículo 1. Venezuela (omissis) fundamenta su patrimonio moral, así como los valores (omissis), en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador.

La interpretación del conjunto normativo anterior huelga. Sus textos dicen por sí solos y sin reclamo de exégesis en cuanto a la concepción que subyace a la arquitectura constitucional, y muestran, además, la señalada doblez intelectual que ésta acusa para inhibir las reacciones en su contra.

El individuo queda situado en un plano de subsidiariedad frente el Estado, quien es responsable de desarrollarle en su personalidad y a la manera de un “buen padre de familia”. Y si la normativa constitucional bien predica “el respeto a todas las corrientes del pensamiento”, el proceso educativo y de fragua de la personalidad de cada venezolano y de cada venezolana lo entiende y ordena el constituyente dentro de una suerte de “pensamiento único”, excluyente y endógeno, con propósitos de “transformación social” y de alegada transición hacia una democracia participativa de inspiración -según se dice- “bolivariana”.

Se trata, pues, de una Constitución de clara filiación hegeliana, orientada por los absolutos, donde la idea universal de preeminencia de la persona humana como expresión una y única, por ende, marcada por la pluralidad del género humano, no tiene cabida fácil. Tremola la idea kantiana y fundacional de la idea de la personalidad humana, que postula al hombre como “naturalmente libre para concebir sus propios fines vitales y para seleccionar y poner en práctica los medios tendentes a su realización; dado que, a fin de cuentas y como apuntara el mismo Emmanuel Kant, “personalidad es libertad e independencia” en el hombre para autodeterminarse moralmente y con ello poder Ser en el querer (Ignacio Burgoa, *La libertad humana*, www.orbitastarmedia.com). No en vano la misma doctrina eclesial, luego de afirmar que “es propio del hombre (y de su libertad) actuar deliberadamente” concluye señalando que “el derecho al ejercicio de la libertad, especialmente en materia religiosa y moral, es una exigencia inseparable de la dignidad del hombre” (así, *Catecismo de la Iglesia Católica*, Libreria Editrice Vaticana, 1992, pp. 496-497).

Nada que decir, por ende, sobre alguna permeabilidad hipotética en el constituyente patrio al credo plural que soporta a la cultura jurídica y universal de los derechos humanos y a cuyo tenor mal puede ser tarea del Estado escoger la verdad para el ciudadano: “La legislación civil debe adaptarse a la variedad de las convicciones morales de las diversas familias espirituales, no avalándolas o aprobándolas, antes bien tolerándolas” (Piero Viotto, *Jacques Maritain: Dizionario delle opere*, Roma, Città Nuova Editrice, 2003, p. 291).

Por consiguiente, a propósito del claro cometido constitucional de desarrollar la personalidad de los venezolanos a expensas del Estado y a la luz de los “valores de la identidad nacional” anticipados por el constituyente, mal no podía seguir, sin solución de continuidad, la exigencia a los medios de comunicación social de su adaptación al propósito constitucional en cuestión. La Ley de Contenidos, por consiguiente, avanza sobre la idea de sujetar, mediante mandatos imperativos o heterónomos, fundados sobre las siguientes normas de la Constitución, las líneas editoriales y de libre información discrecionales hasta ahora sostenidas por las emisoras de radio y de televisión privadas:

Artículo 58. La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. *Todos tienen derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo a los principios de esta Constitución*, así como a la réplica y a la rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas y agraviantes. *Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.*

Artículo 108. Los medios de comunicación social, públicos y privados, *deben contribuir a la formación ciudadana [...]*

En suma, si el Estado tiene en Venezuela la misión de desarrollar la personalidad humana, ajustándola a los cánones ideológicos de lo “bolivariano”: como propios de la identidad nacional; y si además, para tal fin, el constituyente reconoce tanto la necesidad de una información “adecuada” y pedagógica como la importancia estratégica, al respecto, de la regulación de los medios de comunicación social para que sirvan al desarrollo de la dicha personalidad integral “bolivariana”: en especial la de niños, niñas y adolescentes, no ha lugar -en tal perspectiva de Derecho interno- a la tesis que es doctrina internacional vinculante sobre derechos humanos en el asunto que nos ocupa y que tiene amplio soporte en las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 18, 26 y 27); del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13); del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18); de la Convención sobre Derechos del Niño (artículos 12, 13, 14 y 29); y de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (artículo 12) junto a su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13):

El Estado debe respetar el derecho de los padres (y representantes) de asegurar la educación y la enseñanza (de sus hijos y representados) en armonía con sus convicciones filosóficas. Y ello concierne a todos los métodos de transmisión del saber (...). La salvaguarda del pluralismo educativo es esencial a la preservación de la sociedad democrática. El respeto del pluralismo educativo prohíbe todo adoctrinamiento. Los conocimientos deben ser difundidos de manera objetiva, crítica, y pluralista. (*Affaire Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, Cour EDH, 1976*, apud. Jean-François Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 132-133).

La misma Constitución Europea, de muy reciente data, no pudo menos que consagrar en su artículo II-74, numeral 3 y a propósito de lo señalado, “el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de los hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”.

Y, si ciertamente caben, a propósito de los derecho de libertad que reconocen y garantizan los instrumentos internacionales enunciados *supra*, los límites que son propios al Orden Público y el Bien Común, manifiesta es la poca o ninguna consideración que tienen la Constitución y la Ley de Contenidos venezolanas por el significado jurídico de dichos términos, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y según lo veremos *infra*.

II. SUBSIDIARIEDAD DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

La Constitución de 1999 admite que “(l)os tratados, pactos o convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional” (artículo 23). Ellos, en teoría, habrían de moderar en su interpretación estricta los artículos constitucionales mencionados *supra*; pero ha de tenerse presente lo ya dicho y

establecido -en línea con el “credo constitucional” dominante- por la Sala Plena y por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

[Q]ue [sus] decisiones ... no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales, porque ellas constituyen ejercicio pleno de (la) soberanía y se dictan conforme a(l) ordenamiento jurídico (interno)”; y que, además, “...los tratados, pactos o convenciones relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, ..., tienen jerarquía constitucional y por tanto su interpretación jurídica corresponde a la Sala Constitucional de(l) Alto Tribunal. (*Acuerdo de Sala Plena de 25 de julio de 2001, cit. en nuestro libro La libertad de expresión: De Cádiz a Chapultepec*, Caracas, SIP/Ucab, 2003).

Poco cuenta para el juez nacional, en línea con la visión del constituyente local eso que de manera lúcida, recordando por vía de ejemplo el valor de las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, ajustara Frédéric Sudre, Director del Instituto de Derecho Europeo de los Derechos del Hombre y Profesor en Montpellier:

La autoridad de las sentencias de la Corte desborda su estricta portada jurídica declaratoria y busca asegurar la uniformidad de interpretación de la Convención (Europea de Derechos del Hombre y del Ciudadano), favoreciendo la armonización de los derechos nacionales alrededor del estándar mínimo que representa la Convención. (Rémy Cabrillac et al., Direction, *Liberté et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003, p. 43).

No ha de sorprender, entonces, que al consagrar y referirse a la libertad de expresión del pensamiento (artículo 57) y al derecho a la información (artículo 58), separándolos conceptual y dialécticamente, nuestra Constitución lo haga en línea consistente con su propia idea; incluso a riesgo de violentar la doctrina fijada por los órganos internacionales -regionales y universales- de aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos.

Los límites constitucionales a la libertad de expresión y de prensa, en efecto, no se hacen esperar según lo prescrito por el artículo 58 constitucional que transcribiéramos con antelación y a cuyo tenor la información ha de ser “oportuna, veraz e imparcial, sin censura”, de acuerdo a los principios de la Constitución, vale decir, como lo indique e interprete en cada caso el acervo ético-valorativo de lo “bolivariano” y en forma que los niños, niñas y adolescentes reciban la información adecuada para su desarrollo integral.

Este patrimonio de valores junto a su implantación constitucional progresiva, a fin de cuentas, definirá siempre la finalidad de la comunicación social y determinará cuán adecuada sea o no a la “información” transmitida por los medios de comunicación social y requerida para el desarrollo de la personalidad humana.

Al fin y al cabo, como lo indica la propia Constitución en su preámbulo, su propósito supremo no es otro que “refundar la República”.

III. SUBSIDIARIEDAD DE LAS FORMAS CONSTITUCIONALES

Finalmente, en cuanto al cuidado de las formas jurídicas necesarias al cometido en cuestión: refundación y desarrollo de la personalidad humana de los venezolanos y de las venezolanas, el Parlamento, a propósito de su sanción de la Ley de Contenidos que nos ocupa, consideró que dichas formas mal podían representar un obstáculo insalvable. Así que, incluso tremolándolo en su significación originaria, hizo válido y en la práctica

el principio ordenador dispuesto desde antes por la Constitución bolivariana: “No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales” (artículo 257).

Para la sanción de la Ley de marras, por consiguiente, se hizo a un lado -conforme a lo anunciado al principio de estas consideraciones- el mandato constitucional a cuyo tenor:

Artículo 203. Son leyes orgánicas (*omissis*); las que se dicten para (*omissis*) desarrollar los derechos constitucionales (*omissis*) Todo proyecto de ley orgánica, (*omissis*), deberá ser previamente admitido por la Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes antes de iniciarse la discusión (*omissis*).

Mediante mayoría simple de los diputados de la Asamblea Nacional, lo repetimos, quedó sancionada como ley ordinaria la señalada normativa constitucional reglamentaria de los medios radioeléctricos de comunicación y para la regulación de los contenidos informativos que estos lleguen a transmitir. Y se cerró, con ella, el círculo de una arquitectura constitucional deliberadamente dispuesta para el cambio de una realidad social, cultural, política e ideológica imperante hasta entonces, por otra que llega signada por el ideario revolucionario “bolivariano” y bajo la égida mayestática del Estado.

Hugo Chávez nunca escatimó palabras ni fue ambiguo al anunciar todo cuanto ocurriría:

He sostenido (desde los inicios de mi Gobierno) un muy complejo sistema de relaciones con los medios de comunicación...(como) parte de un choque histórico de fuerzas, una que puja por nacer, ha nacido, se levanta y quiere fortalecerse y otra que pujó por conservarse y por mantenerse hasta lo último y no pudo, cayó y trata de levantarse...y dentro de ese escenario, pues estamos nosotros (Diario El Universal, Caracas, 28-6-2001, sección nacional y política).

IV. ESTRUCTURA DE LA LEY

El texto final de la Ley de Contenidos quedó integrado, finalmente, por 35 artículos, una disposición transitoria y otra final, y no difiere en lo sustantivo del original que fuera presentado en calidad de proyecto a la consideración de la Asamblea Nacional para su discusión en 23 de enero de 2003, y que osciló entre los 138 y los 150 artículos.

Los diálogos o consultas ciudadanas extraparlamentarias y parlamentarias pedidos como condición, en el último caso por el artículo 211 constitucional, en nada o casi influyeron sobre la concepción dominante del proyecto de ley gubernamental. La reducción del articulado fue apenas el producto de una tarea de edición, consistente en reunir los párrafos de varios artículos en un solo artículo para acelerar la aprobación legislativa e impedir cualquier táctica dilatoria por la oposición, fundada, a manera de ejemplo, en el artículo 206 de la Constitución:

Artículo 206. Recibido el informe de la comisión correspondiente, se dará inicio a la segunda discusión del proyecto de ley, la cual se realizará artículo por artículo (*omissis*).

La Ley de Contenidos, en consecuencia, quedó organizada como sigue:

1. Disposiciones generales

A. Objeto y ámbito de aplicación de la ley (artículo 1)

El mismo no es otro que “establecer, en la difusión y recepción de mensajes, la responsabilidad social”. La ley tiene por objeto preciso e indiscutible, en otras palabras, incidir en los mensajes de radio y de televisión, asegurándose que cada prestador o usuario sólo exprese o reciba informaciones u opiniones que interesen al colectivo y conforme a los cánones de la ley.

B. Interés y orden público, principios de aplicación e interpretación (artículo 2)

La incidencia de lo público en la difusión y recepción de mensajes se explica, según la ley, en el carácter de “bien de dominio público” que tendría el espectro radioeléctrico; dado lo cual las normas legisladas son consideradas como de “orden público”, sin perjuicio de que en la interpretación de éstas y a propósito de la relación entre prestadores y usuarios de radio y de televisión, vale decir, entre emisores de un mensaje y receptores del mismo, se prefiera siempre la interpretación que mejor favorezca a los últimos.

C. Objetivos generales (artículo 3)

Los nueve (9) numerales referidos a los objetivos de la ley se resumen en tres ideas: a) Fijar límites a la libertad de expresión e información en modo de conciliarla con el modelo constitucional y, a la vez, proteger tanto el derecho al honor y la reputación de los terceros cuanto asegurar que la información sea, como lo dice la norma en repetición del artículo constitucional correspondiente, veraz, oportuna e imparcial; b) Asegurar que la expresión y la información “sean de interés social y cultural, encaminados a desarrollo progresivo y pleno de (la) personalidad humana”, prefiriéndose, al efecto, las producciones nacionales y, en lo específico, las que proyecten los valores de la cultura nacional; c) Procurar, en apoyo del Estado y con vistas a los objetivos de ley, sistemas de control social colectivos.

D. Idioma, lengua, identificación, intensidad de audio e Himno Nacional (artículo 4)

Queda asegurado el uso dominante del castellano para todos los programas de radio y televisión y de los “idiomas indígenas” en cuanto corresponda, proveyendo la ley, a renglón seguido, la obligación de que se transmita en distintos momentos de cada día y con mayor énfasis en las zonas fronterizas el himno nacional “haciendo mención de los autores de la letra y música”. En todo caso, sea cual fuere el contenido de la transmisión de radio y televisión correspondiente, en todas y “en todo momento” debe de mantenerse “el mismo nivel de intensidad de audio”.

E. Tipos de programa (artículo 5)

Son cuatro (4) los tipos de programas considerados por la ley: cultural y educativo, informativo, de opinión, y recreativo o deportivo, sin perjuicio de los llamados programas mixtos. Junto a la separación que se hace de las nociones de información y de opinión en la norma del caso, se califica de informativo el programa que informa de “manera imparcial, veraz y oportuna”. Y, en cuanto a los programas educativos, junto con destacarse que deben siempre formar al ciudadano para su participación protagónica en la sociedad y el Estado, la regla califica como tales sólo aquellos que propendan al “fortalecimiento de la identidad, soberanía y seguridad de la Nación” y preparen al ciudadano para la crítica de la información que reciba vía el espectro radioeléctrico.

F. Elementos clasificados (artículo 6)

El contenido de los distintos programas, para los fines de su regulación y autorización horaria por el Estado, se fija a partir de cuatro (4) elementos definidos por la misma norma (lenguaje, salud, sexo, violencia) y cuyos tipos varían (desde el tipo A hasta el tipo E conforme corresponda) según que tales elementos puedan ser o no recibidos o presenciados por “niños, niñas y adolescentes” y en tanto que requieran o no “la orientación de madres, padres, representantes o responsables”.

2. De la difusión de mensajes

A. Tipos, bloques de horarios y restricciones por horario (artículo 7)

Los tipos que derivan de los elementos definitorios del contenido de las expresiones e informaciones transmitidas por radio y TV dan lugar a los llamados “bloques de horarios”, que le permiten al Estado ejercer su control reglamentario pleno entre las 5 a.m. y las 11 p.m. de cada día; dado que se trata de los tiempos -todo usuario y supervisado- durante los que sólo podrán transmitirse programas que puedan ver u oír “niños, niñas y adolescentes sin supervisión de sus madres, padres, representantes o responsables” (7 a.m. hasta 7 p.m.) o que “requiera de la supervisión” de éstos (5 a.m. hasta 7 a.m. y 7 p.m. hasta 11 p.m.). El horario adulto, durante el cual cabría, en teoría, todo tipo de programación, mensaje, expresión o información, corre desde las 11 p.m. hasta las 5 a.m. Median, en efecto, algunas prohibiciones absolutas: a) No se pueden transmitir en ningún momento programas -imágenes o sonidos- con “actos o prácticas sexuales reales” o “sin finalidad educativa” o en los que “se amenace o viole el derecho a la vida, a la salud y la integridad personal o se menoscabe la dignidad humana”. Tratándose de la violencia, sólo se admitirían sonidos o imágenes de violencia real en los horarios todo usuario o supervisado, cuando los programas sean en vivo y siempre y cuando sean: a) “indispensables para la comprensión de la información”, b) obvien el “uso de técnicas amarillistas”, c) no tenga lugar “exacerbación, trato morboso o énfasis sobre detalles innecesarios”.

B. Tiempos para publicidad propaganda y promociones (artículo 8)

Se establece un límite de 15 minutos por cada 60 minutos de difusión, sin perjuicio de sus divisiones que, por lo general, pueden llegar hasta un número de cinco (5). Pero se previene, a todo evento, que la “publicidad por inserción” puede tener lugar sólo en programas en vivo, recreacionales - deportivos o de espectáculos - y siempre que no se perturbe la visión ni se ocupe más de un sexto de la pantalla de TV. Y, en cuanto a los denominados “infocomerciales”, éstos no pueden exceder, por su parte, del diez por ciento del total de la programación diaria.

C. Restricciones a la publicidad y propaganda (artículo 9)

Queda prohibida toda publicidad sobre tabaco, bebidas alcohólicas, drogas, juego, armas, o “bienes o servicios dirigidos a niños, niñas y adolescentes que muestren o utilicen elementos de violencia” regulados por la ley. Destaca, sin embargo, la prohibición de utilizar melodías, frases, símbolos, imágenes, etc., que a juicio del Estado puedan evocar alguna de las publicidades no permitidas. Queda igualmente proscrita, además de la propaganda anónima, la “propaganda por emplazamiento” y la “propaganda por inserción”; y tratándose de las campañas de publicidad denominadas de intriga, “los requisitos y la oportunidad de este tipo de campañas” permanecen sujetos a las normas técnicas que dicte el Estado, oportunamente.

D. Modalidades de acceso del Estado a espacios gratuitos y obligatorios (artículo 10)

El acceso del Estado a los espacios de radio y TV es obligante. De modo que aquel “podrá ordenarle” a los prestadores la transmisión gratuita - con expresa prohibición de interferencias de cualquier género o especie - de los mensajes y alocuciones oficiales en cadena, sin tiempo límite y previstos por el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; al igual que la transmisión de los “mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público” que les indique el órgano estatal encargado de la comunicación e información y que durarán, en promedio, setenta (70) minutos semanales. Y en lo relativo a quienes difunden mensajes por medio de servicios de televisión por suscripción, deberán transmitir igualmente las cadenas gubernamentales en sus espacios de información, y los mensajes o preventivos de orden público dictados por el Régimen en los espacios dedicados a la publicidad. Los canales que originen su señal en el extranjero, habrán de cumplir con los setenta (70) minutos semanales de transmisión gubernamental, según la distribución que pauté la ley.

3. De los servicios de radio y televisión por suscripción y de la aplicabilidad y el acceso a canales de señal abierta y bloqueo de señales

A. Acceso y bloqueo de señales (artículo 11)

Quienes presten servicios de televisión por suscripción están obligados a “difundir gratuitamente” las señales abiertas, mediante la disposición de un 15% de los canales

que transmita el respectivo servicio y que habrá de incluir a los “servicios de televisión del Estado”. Se prohíbe, a la vez, toda interferencia por el prestador del servicio de la programación transmitida por suscripción y debe, eso sí, “garantizar el bloqueo de las imágenes” que contengan elementos sexuales agravados (tipo E).

4. De la democratización y participación

A. Organización y participación ciudadana (artículo 12)

Dentro del conjunto de derechos de los usuarios de los servicios de radio y TV, les cabe “dirigir solicitudes, quejas o reclamos vinculados con los objetivos generales de (1)ª ley, a los prestadores de servicios”; a cuyo efecto deberán organizarse legalmente e inscribirse al efecto en el órgano competente del Estado (Comisión Nacional de Telecomunicaciones). En modo alguno podrán tener los usuarios ningún género de relación o vinculación con los prestadores de los servicios, ni podrán recibir ayudas o subvenciones “que puedan condicionar o inhibir sus actividades en promoción y defensa” de sus derechos como tales.

B. Producción nacional, productores nacionales independientes (artículo 13)

Se considera producción nacional sólo aquella que cumpla con los elementos prescritos por la ley, en lo particular, cuando evidencie, entre otros elementos cuya proporción determinará el Estado, la presencia en la misma de “valores de la cultura venezolana”; y será reputada de “independiente”, asimismo, cuando el productor respectivo se haya inscrito y obtenido una certificación del “órgano rector en materia de comunicación e información del Ejecutivo Nacional”.

C. Democratización en los servicios de radio y televisión (artículo 14)

La “democratización” propuesta por la ley se concreta en la obligación de los prestadores de (a) ocupar diariamente tres (3) horas a programas dirigidos a los niños: culturales y educativos entre otros, pero “acordes con su desarrollo integral” y (b) ocupar diez (10) horas dentro del horario que corre desde las 5 am hasta las 11 pm a producciones nacionales, de las cuales siete (7) horas tendrán que disponer para los productores nacionales independientes. Estos, de igual forma, “darán prioridad a los programas culturales y educativos e informativos”. Dentro del señalado tiempo horario, asimismo, la difusión de música deberá comprender en su 50% música venezolana de tradición, según los cánones que al efecto disponga el Estado.

D. Comisión de programación y asignación de producción nacional independiente (artículo 15)

La ley crea sendas comisiones de programación para la radio y la para TV, que serán convocadas y presididas por el representante estatal en materia de comunicación e información, y tendrán como responsabilidad “establecer los mecanismos y las condicio-

nes de asignación de los espacios a los productores nacionales independientes”. También determina la normativa, *in genere*, las condiciones y causas de nulidad de los contratos que celebren los prestadores de los servicios de radio y TV con los llamados “productores nacionales independientes”.

E. Democratización en los servicios de radio y televisión comunitarios de servicio público, sin fines de lucro (artículo 16)

La radio y televisión comunitarias quedan destinadas a la “educación para la percepción crítica” de los mensajes de los medios de comunicación, así como a programas sobre medio ambiente, participación popular y responsabilidad social de la comunidad. Le esta prohibida la difusión de propaganda y de su tiempo publicitario deberá dar preferencia, en condiciones ventajosas, a microempresas y empresas comunitarias, entre otras.

F. Democratización en los servicios de difusión por suscripción (artículo 17)

Los prestadores de servicios por suscripción quedan obligados a disponer, a favor del Estado, un canal para sus transmisiones que será exclusivamente dedicado a “producción nacional independiente y producción comunitaria, con predominio de programas culturales y educativos”.

G. Garantía para la selección y recepción responsable de los programas (artículo 18)

Los prestadores quedan obligados a promover y difundir guías sobre sus programaciones, señalando los elementos clasificados y a proveer en los programas, publicidades y propagandas, además, las identificaciones del caso. En lo particular, en los programas informativos y de opinión, han de identificarse “con una señal visual o sonora, según el caso, la fecha y hora original de grabación”.

5. Órganos con competencia en materia de responsabilidad social en radio y televisión

A. Competencias de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (artículo 19)

Entre otras, se contempla la autoridad estatal en cuanto a las “políticas de regulación” relacionadas con la materia objeto de la ley, el fomento de las producciones nacionales y de los programas dirigidos a niños, niñas y adolescentes, y la promoción de la educación crítica de la radio y TV, aparte de llevar el registro de las organizaciones de usuarios, y abrir y concluir los procedimientos administrativos sancionatorios dispuestos por la ley.

B. Directorio de responsabilidad social (artículo 20)

El Directorio lo preside la autoridad de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y quedará íntegra con diez miembros adicionales, de los cuales seis (6) representan al Estado. Y es competente para aprobar las normas técnicas de la ley, proponer la revocatoria de habilitaciones o la no renovación de las concesiones otorgadas a los prestadores de servicios de radio y TV, y aprobar la erogación de recursos del denominado Fondo de Responsabilidad Social.

C. Consejo de responsabilidad social (artículo 21)

Integrado por distintos representantes del Estado y de la sociedad civil vinculada a las materias objeto de la ley, presta su concurso consultivo al Estado y de modo especial al Directorio de Responsabilidad Social, a los fines del mandato que le confía la ley.

D. Incompatibilidades (artículo 22)

Corresponden a los miembros del Directorio o del Consejo de Responsabilidad Social, y hacen referencia, entre otras, a la prohibición que pesa sobre éstos de tener contrataciones o negociaciones relacionadas con la materia objeto de la ley, aparte de las inhabilitaciones que proceden por razón de parentesco.

E. Información disponible (artículo 23)

Los prestadores de servicios de radio y de TV quedan obligados a suministrar a los órganos competentes del Estado toda la información, documentaciones, grabaciones o materiales de que dispongan como consecuencia de sus actividades, quedando intimados aquellos para su cumplimiento dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al requerimiento que se les haga.

6. Del fondo de responsabilidad social y de las tasas

A. Del Fondo de responsabilidad social (artículo 24)

El Estado financiará las actividades que encomienda la ley al Consejo Nacional de Telecomunicaciones con un Fondo que él administrará y que se construye con “el producto de la contribución parafiscal y sus accesorios” impuesta a los prestadores de servicios de radio y TV.

B. Contribución parafiscal (artículo 25)

Queda establecida en una alícuota del 2% de los ingresos brutos trimestrales del prestador de servicios de radio o TV, quien podrá verla disminuida según que éste aumente o no el porcentaje de transmisiones de producciones nacionales independientes establecido, pero que podrá agravarse cuando “la retransmisión de (sus) mensajes exceda el 20% de difusión semanal” admitida.

C. Temporalidad de la obligación tributaria y de la relación jurídico tributaria (artículo 26)

Se prescriben reglas sobre perfeccionamiento del denominado “hecho imponible” y el nacimiento de las obligaciones tributarias, así como en lo relativo a la autoliquidación de los tributos establecidos.

D. Tasas (artículo 27)

Queda fijado el pago que deberá realizarse al Estado cuando se le pida la “búsqueda, grabación, certificación y análisis” de los registros audiovisuales o sonoros de que dispone la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

E. Sanciones (artículo 28)

Se determinan setenta y ocho (78) hipótesis de violación de la ley en que pueden incurrir los prestadores de servicios de radio y TV, que pueden dar lugar, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales pertinentes, a sanciones administrativas que van desde la “cesión de espacios para la difusión de mensajes culturales y educativos” por el Estado hasta la imposición de multas, suspensión de las habilitaciones administrativas, y la eventual revocatoria tanto de las mismas como de las concesiones. Las sanciones de la ley pueden extenderse a los productores nacionales independientes, “por los mensajes que formen parte de sus producciones”, y a los anunciantes “por los mensajes que formen parte de la publicidad y propaganda”, sin mengua, en el último caso, de la responsabilidad solidaria que corresponda -por la publicidad o propaganda que sea violatoria de la ley- al prestador del servicio de radio y TV que la haya transmitido.

F. Suspensión y revocatoria (artículo 29)

Los programas de radio y TV pueden ser suspendidos hasta por setenta y dos (72) horas en su transmisión por decisión del Directorio de Responsabilidad Social, en hipótesis graves como la reincidencia, entre otras, o cuando los mensajes del caso hagan “apología o inciten a alteraciones del orden público” o “sean contrarios a la seguridad de la Nación”. Ello, sin perjuicio de que la reincidencia pueda dar lugar a la sanción de revocatoria de la concesión por disposición del “órgano rector en materia de telecomunicaciones”.

G. Prescripción (artículo 30)

La prescripción de ley para las sanciones es quinquenal y se fija en cuatro (4) años para la obligación de pago de multas, sin perjuicio de las interrupciones que puedan tener lugar de la misma por acción de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones o por actuaciones propias del sancionado.

H. Inicio del procedimiento y lapso para la defensa y notificaciones (artículo 31)

Se prevé el inicio de oficio o por denuncia escrita, cuando el contenido de la denuncia o acción no sea difamante, contrario al orden público o no haya prescrito. La notificación del procedimiento, a objeto de que el prestador del servicio de radio o TV presente sus descargos en los diez (10) hábiles siguientes, admite ser realizada, entre otras modalidades sin prelación, en cabeza de “cualquier persona que habite o trabaje en el domicilio del presunto infractor”.

I. Pruebas (artículo 32)

Rige el principio de la prueba libre, realizable durante un período de diez (10) días hábiles para la promoción e igual término para la evacuación. Sin embargo, se prohíbe la “confesión de empleados públicos” y el juramento cuando implique prueba confesional, otorgándosele al órgano del Estado -la Consultoría Jurídica del Consejo Nacional de Telecomunicaciones- “amplias potestades de investigación” y autorizándose a “cualquier persona” o tercero para que consigne “en el expediente administrativo los documentos que estime pertinentes”.

J. Medida cautelar (artículo 33)

Sin perjuicio de las oposiciones que se pueden realizar, pero ante el mismo órgano competente del Ejecutivo, dentro del plazo y condiciones de ley la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá, “de oficio o a solicitud de parte” y según su libre criterio, ponderando la presunción de derechos o las circunstancias involucradas, “ordenar a los prestadores” de servicios de radio y TV “abstenerse de difundir” los mensajes a que se refiere el artículo 29, numeral 1 de la ley: por atentatorios, entre otras hipótesis, contra el mantenimiento del orden público o que afecten a la seguridad de la Nación.

K. Determinación y excepción de sanciones (artículo 34)

Para la determinación de las sanciones la ley prevé distintos elementos que pueden agravar o atenuar las mismas, entre éstos “que el mensaje infractor haya sido difundido a través de un servicio de radio o televisión con fines de lucro o sin fines de lucro”. Y en cuanto a la responsabilidad del prestador por los mensajes transmitidos a través de programas “en vivo y directo”, se tendrá en cuenta el principio de la diligencia debida.

L. Decisión (artículo 35)

La decisión sobre los actos administrativos pautados por la ley los confía ésta al Directorio de responsabilidad social, quien tiene al efecto un término de treinta (30) días hábiles luego de cerrada la fase probatoria y sin perjuicio de que dicho Directorio ordene “cualquier acto de sustanciación” para mejor proveer. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, a su vez, puede solicitar una intimación judicial para el pago de las multas establecidas y en lo relativo al eventual incumplimiento de sus medidas, por los prestadores de servicios de radio y TV, el Directorio, en otro orden, tiene “derecho a solicitar el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de las mismas”. La autoridad de las decisiones dictadas en seno gubernamental es tal que, según la ley, sus efectos no se suspenden ante la interposición de un recurso judicial contencioso administrativo que plantee el afectado.

M. Disposición transitoria (única)

Fija plazos desde un mes hasta tres (3) años para la exigibilidad de las obligaciones establecidas por la ley y, en lo particular, fija un término de 30 días para constituir los órganos colegiados previstos por ésta. Se confía al órgano rector con competencia en comunicación e información, hasta tanto se dicte la ley sobre la materia, la formulación y ejecución de las políticas sobre los servicios de radio y televisión de servicio público.

N. Disposición final (única)

Fija la vigencia de la ley desde el momento de su publicación oficial y ordena, para adecuarlos a las exigencias de la ley, la reestructuración del Ministerio de Comunicación e Información y de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY

1. Nominalismo libertario

En línea con el estilo dualista del constituyente, quien predica sobre derechos humanos y habla de democracia participativa y protagónica dentro de un modelo de dominio y de concentración estatal totales, la Ley de Contenidos dice igualmente que la interpretación de sus normas estará sujeta a los principios de “libre expresión de ideas, opiniones y pensamientos, comunicación libre y plural, prohibición de censura previa, responsabilidad ulterior” y también, entre otros principios adicionales, al de “libre competencia” (artículo 2).

Tal y como lo muestran las explicaciones precedentes y las normas de la propia Ley en estudio, en ésta y a la luz de sus postulados no se admite la pluralidad, diversidad, ni la segmentación natural de la radio y de la televisión de acuerdo a sus audiencias dada la uniformidad programática a que conducen las normas sustantivas y técnicas de la Ley, en lo particular, las que hacen relación con los elementos de contenido determinantes de la clasificación horaria; se fijan modalidades de censura previa prohibición de transmi-

siones que afectan el mismo criterio de oportunidad de la información -garantizado por el artículo 58 constitucional en concordancia con el artículo 3, numeral 3 de la propia ley en cuestión-; y, de suyo, la uniformidad, bajo control y supervisión estatal, de los criterios a que deben responder los contenidos programáticos transmitidos por los medios audiovisuales, anula de plano todo espíritu de competencia real entre los prestadores de dicho servicio.

Uno de los objetos de la Ley, el más reiterado durante su debate público y parlamentario: “la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”, a cuyo efecto ya resultaban suficientes las normas internacionales en vigor y las contenidas en la novísima Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente (1998), es el gran soporte y la justificación manida para la definición de los elementos previos y uniformadores de los contenidos (lenguaje, salud, sexo y violencia), permitiendo que el Estado alcance su propósito final: la hipoteca en su favor y su control pleno de todo el horario útil de la radio y de la televisión.

El horario todo usuario y el horario supervisado cubre desde las 5 a.m. hasta las 11 p.m. de cada día y de todos los días de la semana. Y dentro de él, como se aprecia en el texto de la Ley, tiene lugar la cooptación ideológica prevista constitucionalmente y que se juzga necesaria al desarrollo de la personalidad humana; ello, mediante los llamados programas de carácter educativo y cultural que, en múltiples supuestos, han de ser transmitidos compulsivamente por todas las emisoras que se sirven del espectro radioeléctrico.

La obligación del caso incluye, asimismo, a los “servicios de difusión por suscripción”, quienes, al efecto, “pondrán, en forma gratuita, a disposición del órgano rector del Ejecutivo Nacional competente en materia de comunicación e información, un canal para la transmisión de un servicio de producción nacional audiovisual destinado en un ciento por ciento a la producción nacional independiente y producción comunitaria, con predominio de programas culturales y educativos, informativos y de opinión” (artículo 16).

2. Dominio público del espectro radioeléctrico y “estatización” finalista de su uso

El artículo 2 de la Ley de Contenidos, que bien pudo y en efecto es, en la práctica, el artículo inaugural y sustantivo de la Ley in comento, recuerda que “el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público”. Luego de lo cual el legislador se permite sugerir oblicuamente, como lo hace en el artículo 1: referido al objeto y ámbito de aplicación de las normas del señalado instrumento legislativo, que “los prestadores de los servicios de radio y televisión” antes que propietarios o dueños de estaciones de radio y de televisión son, para los fines de ley, lo señalado: prestadores de un servicio público, usuarios de un bien dominio público, en otras palabras, realizadores en nombre y por cuenta del Estado de una función estatal de formación e información según los cánones constitucionales y legales establecidos.

Y como podrá apreciarse, la ley evita cualquier referencia o discernimiento normativo entre las llamadas televisiones públicas y privadas. Al fin y al cabo el espectro radioeléctrico “es un bien de dominio público”, que tiene y cuenta, para su operación, con “los prestadores de los servicios de radio y televisión”. Dentro de este contexto o principio ordenador básico son situadas todas las normas de la Ley de Contenidos, por referidas a una materia de “interés público” cuya regulación se hace mediante disposiciones de “orden público” (artículo 2).

En lo particular, encuentran así su igual explicación las cargas u obligaciones que, conforme al texto de la misma ley, pesarán sobre los otrora dueños de estaciones de radio y de televisión - en adelante prestadores - y la relatividad de sus derechos de igualdad ante la ley, en la ley, y en la aplicación de la ley.

Los numerales del párrafo in fine del artículo 2 citado no dejan dudas al respecto: “se aplicará aquella (norma)” y “se acogerá la interpretación que más favorezca a los usuarios y las usuarias”.

Pero la Ley de Contenidos, en su visión “estatista” y “totalizante”, no se limita a lo dicho. Los otros sujetos de la ley, *v.gr.* los productores nacionales independientes y los usuarios y las usuarias, para ser considerados como tales y obtener la procura estatal de sus derechos e intereses, han de recibir previamente del Estado un registro y certificación especiales, como consta de los artículos 12 y 13 *ejusdem*:

Artículo 12. Todas las organizaciones de usuarios y de usuarias de los servicios de radio y televisión, deberán inscribirse en el Registro que llevará la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (*omissis*) (quien) establecerá los procedimientos y demás recaudos que deban acompañar la solicitud de registro (*omissis*).

Artículo 13. (Omissis) [e]l órgano rector en materia de comunicación e información llevará un Registro de Productores Nacionales Independientes, el cual será encargado de expedir y revocar la certificación respectiva. Dicha certificación tendrá una vigencia de dos años, renovable previa verificación de los requisitos (*omissis*).

Junto a lo anterior, sobre el recordatorio expreso de que el espectro radioeléctrico es de dominio público, seguidamente se justifica la regulación de contenidos y el régimen de sanciones previstas por la misma Ley, a cuyo tenor y por la misma razón mencionada el Estado toma para sí tareas que habrían de ser más propias de la ciudadanía (artículo 3):

- a) “Fomentar el equilibrio democrático” entre los prestadores de los servicios de radio y de televisión, los productores independientes y los usuarios.
- b) “Contribuir con la formación de la ciudadanía”, vía la utilización del espectro radioeléctrico.
- c) Hacer otro tanto con “la cultura, la educación”.

Ello es así en línea con los mandatos constitucionales del caso -supra enunciados- y, de modo específico, como respuesta a los requerimientos de “la legislación para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, la cultura, la educación, la seguridad social, la libre competencia” y, en fin, “la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

Cabe observar, así las cosas, que resulta del texto de los artículos mencionados anteriormente la teleología de la Ley de Contenidos: Regular el ejercicio de la libertad de pensamiento y de información que tenga como canales de expresión a la radio y a la televisión; para que sus contenidos sirvan a la formación ciudadana, a la educación y la cultura de los niños, niñas y adolescentes, mediante programas -como lo precisa el artículo 14 *ejusdem*- acordes con el desarrollo integral de éstos y “con enfoque pedagógico”.

Huelga observar, empero, la incompatibilidad de la tesis constitucional y legislativa así descrita con las pautas jurisprudenciales que se han desprendido de la norma del artículo 13, numeral 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos y a cuyo tenor “(n)o se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles (*omissis*), de frecuencias radioeléctricas, (*omissis*)”.

La Corte Europea, como ejemplo y a propósito de un planteamiento de Austria relacionado con sus ingerencias en el campo de la comunicación social, animadas por la idea de la dimensión política alcanzada por las medias audiovisuales y atendiendo el mandato de la ley constitucional sobre la radiodifusión, que le obliga a “asegurar la objetividad e imparcialidad de la información, el respeto al pluralismo, el equilibrio de los programas así como la independencia de las personas y órganos responsables de las emisiones”, sentenció lo siguiente:

La Corte recuerda que frecuentemente ha insistido sobre el rol fundamental de la libertad de expresión dentro de una sociedad democrática, sobre todo cuando, a través de la prensa escrita, ella tiende a comunicar informaciones e ideas de interés general, a las cuales el público puede acceder. Y tal empresa no se puede lograr si no se funda sobre el pluralismo, donde el Estado es el último garante. Lo cual vale como criterio especial para las medias audiovisuales, cuyos programas se difunden a gran escala. De todos los medios para asegurar el respeto de tales valores, el intento de monopolio público es el que impone las restricciones más fuertes a la libertad de expresión. (*omissis*). Gracias al progreso de las técnicas en los últimos decenios, las restricciones estatales no pueden sino fundarse sobre consideraciones vinculadas al número de frecuencias y de canales disponibles. (*omissis*). En suma, la Corte considera las ingerencias (pretendidas por Austria para controlar las medias audiovisuales) como conflictivas y desproporcionadas (*omissis*) y, por lo tanto, no necesarias en una sociedad democrática (Caso *Informationsverein c. Austria*, 24 de noviembre de 1993).

Con anterioridad, dicha Corte ya se había pronunciado en un sentido semejante -lo que muestra lo constante de sus dicta- acerca de la materia y a propósito de los alcances de las ingerencias estatales admitidas por el artículo 10 la Convención Europea: que prevé un régimen de autorizaciones para la radio y la televisión y el igual deber estatal de fijar, mediante ley, los límites democráticamente aceptables a la libertad de expresión:

Los Estados pueden reglamentar, por un sistema de licencias, la organización de la radiodifusión sobre su territorio, pero sólo en sus aspectos técnicos [...].

La pretensión del legislador patrio, en cuanto a regular de modo preferente y mediante control estatal los contenidos de la expresión y de la información radioeléctrica, destaca, sin embargo, de un modo inmediato en los numerales 4, 5 y 7 del artículo 3 de la Ley, que de conjunto señalan como objetivo:

Procurar la difusión de información y materiales dirigidos a los niños, niñas y adolescentes que sean de interés social y cultural, encaminados al desarrollo progresivo y pleno de su personalidad (*omissis*) y, en general, que contribuyan a la formación de la conciencia social de (tales) niños, niñas, adolescentes y sus familias”; amen de “promover (al efecto) la difusión de producciones nacionales y producciones nacionales independientes” (y) “procurar la difusión de los valores de la cultura venezolana en todos sus ámbitos y expresiones.

3. Estandarización de contenidos y censura previa

Hemos señalado que la segmentación programática y radio televisiva, única que asegura el principio democrático de la pluralidad, pierde su anclaje en el texto de la Ley de Contenidos.

El artículo 6 define, anticipadamente, los elementos de lenguaje, salud, sexo y violencia que sirven de marco para la determinación de los tipos y bloques de horarios de transmisión permitidos; en cuyo defecto el prestador de servicios de radio, televisión,

o de difusión por suscripción, puede ser objeto de sanciones dentro del cuadro de las setenta y ocho (78) modalidades o hipótesis de conducta que prevé la ley como supuestos de responsabilidad, no excluyentes de las civiles o penales.

De modo que, sin mengua de las medidas que debe adoptar cada prestador de servicios: para integrar a quienes sufren discapacidad auditiva; para mantener el mismo nivel de intensidad de audio en las transmisiones; para identificar y transmitir obras musicales venezolanas; para difundir el himno nacional; para identificar las publicidades; para impedir el uso de la fe religiosa con fines comerciales; para evitar publicidades que inciten a la violación de las leyes de tránsito; para no difundir mensajes secretos mediante códigos; para no difundir mensajes que obstaculicen la acción de la policía o de los jueces; para no mostrar mensajes que muestren a la violencia como solución fácil; para no interferir los mensajes y alocuciones del Estado; para no usar técnicas audiovisuales o sonoras que dificulten la comprensión consciente del mensaje por el usuario; para difundir propaganda de producción nacional; para prevenir al usuario sobre la campañas publicitarias de intriga; para no difundir radionovelas o novelas más allá de tiempo permitido de transmisión; o, entre otras hipótesis más, para difundir los mensajes en idiomas indígenas que correspondan; lo cierto es que la Ley de Contenidos dicta normas abiertas de conducta, nada precisas, que dejan a la libertad y discreción del Estado dictaminar cuándo o no se da el supuesto que da lugar a una medida cautelar, o a una sanción con perjuicio del prestador o de los prestadores de los servicios de radio y de televisión.

Obsérvese, a manera de ejemplo, la siguiente construcción:

El artículo 6, numeral 3 de la Ley señala, a manera de ejemplos y como elementos de sexo tipo A “las imágenes o sonidos (sexuales) que pueden ser recibidos por niños, niñas y adolescentes sin que se requiera la orientación de madres, padres, representantes o responsables” y, como elementos de sexo tipo C, “imágenes o sonidos sexuales implícitos sin finalidad educativa; o manifestaciones o aproximaciones de carácter erótico que no incluyan actos o prácticas sexuales explícitas”.

En tal orden, dentro del horario todo usuario, es decir, entre las 7 a.m. y las 7 p.m., a tenor del artículo 7, numeral 1 *ejusdem* “se podrán difundir mensajes que pueden ser recibidos por (*omissis*) niños, niñas y adolescentes sin supervisión de sus madres, padres, (*omissis*)”; y no se podrán difundir, *vgr.* elementos sexuales tipo C.

Otro tanto como lo anterior ocurre para los elementos de lenguaje (como el tipo B, relativo a imágenes o sonidos que, en su uso común, tienen carácter soez y que no pueden, por lo mismo, ser transmitidos en el horario todo usuario); para los elementos de violencia (como el tipo C, que presentan imágenes o descripciones gráficas utilizadas para la prevención o erradicación de la violencia y que requieren orientación de madres, padres o representantes, por lo que no son permitidas en el horario todo usuario); y para los elementos de salud (como el tipo B, contentivo de imágenes o sonidos sobre prevención del alcohol, de la droga o del juego, que requieran la orientación de madres, padres o representantes y que por ende no puede ser vistos entre las 7 a.m. y las 7 p.m.).

Las normas anteriores, como podrá observarse, fijan una suerte censura anticipada de los contenidos, al prohibir expresamente la transmisión de elementos de lenguaje, salud, sexo y violencia definidos de un modo indeterminado, y cuyas transmisiones quedan proscritas durante horarios predeterminados que alcanzan de hecho a todo el día hábil: desbordándose, a todas luces, la conocida censura previa de espectáculos públicos “con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”, tal y como lo acepta el artículo 13, numeral 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

No se puede menos que tener presente, a la luz de lo señalado, lo que de modo firme ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en interpretación del Pacto de San José y que habla por sí solo:

38. El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia, toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención.

39. El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a. La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas;
- b. La definición expresa y taxativa de estas causales por la ley;
- c. La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
- d. Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines.

Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2.

4. Atentados a la seguridad de la Nación y medidas cautelares del gobierno

La Ley de Contenidos no solo fija, con fines de la estandarización mencionada, los elementos de clasificación (lenguaje, salud, sexo y violencia) que determinan, por vía anticipada, los usos permitidos de los horarios de la radio y de la televisión, y que sirven como premisas normativas indeterminadas para la consiguiente enumeración de las muchas hipótesis sancionatorias del artículo 28. Antes bien, junto con inhibir la libertad de pensamiento y de expresión de los “prestadores del servicio”, quienes en teoría (artículo 13 de la Convención Americana) tendrían derecho de “difundir informaciones e ideas de toda índole (*omissis*) por cualquier (*omissis*) procedimiento de su elección”, les hace objeto de una medida cautelar que autoriza al ente gubernamental competente: la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, para “ordenar a los prestadores de servicios de radio, televisión y difusión por suscripción, abstenerse de difundir en cualquier horario, mensajes que infrinjan las obligaciones establecidas” (artículo 33).

La norma de marras se refiere, específicamente, a la violación de las obligaciones previstas en el artículo 29, numeral 1 de la ley. Y, si bien es cierto que, *mutatis mutandi*, ella intenta enunciar las hipótesis contempladas en el Pacto de San José y permitidas como límites a la libertad de pensamiento y de expresión según el texto de su artículo 13, numerales 2.b y 5, aquél prevé como supuesto de la medida cautelar en cuestión “los mensajes (*omissis*) contrarios a la seguridad de la nación”. Por lo que cabe tener presente que, conforme al artículo 324 constitucional la seguridad de la nación comprende todo y hace posible toda hipótesis imaginable para la suspensión, sin mediación judicial, de cualquier programa de radio y de televisión y sea cual fuere su contenido.

La seguridad de la nación, según la pauta constitucional mencionada, hace relación abierta y sin ponderación alguna de sus alcances y límites con los “principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos”, y atiende, de modo gene-

ral, a “la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional”.

Es pertinente recordar, al respecto, que la Convención Americana, cuando en su artículo 13, numeral 5, prohíbe expresamente determinadas manifestaciones del pensamiento, las limita severamente a dos únicos supuestos:

- a. La propaganda de guerra.
- b. La apología del odio cuando constituye incitación a la violencia o a acciones similares, con fines de discriminación.

Y, cuando, al garantizar la libertad de pensamiento y de expresión acepta la formulación de hipótesis normativas para la construcción de “responsabilidades ulteriores”, por abuso del citado derecho, sólo las permite en otros dos supuestos únicos:

- a. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás.
- b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud y moral públicas.

Más, en uno otro caso, según lo previene el artículo 29, literal c, en concordancia con el artículo 32, numeral 2 de la Convención, la interpretación de las prohibiciones y de las limitaciones posibles o admitidas a la libertad de pensamiento y de expresión, reclama de tomar en consideración y como límites a cualquier restricción posible de dicho derecho:

- a. Que pretenda la regulación del caso excluir derechos y garantías “que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.
- b. Que vulnere “las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

La exégesis de la Corte, al respecto, no se hace esperar. La asunción de la democracia como algo más que una forma de gobierno y, eso sí, como parte sustantiva e inseparable del ejercicio de los derechos esenciales de la persona humana: en lo particular la libertad de expresión, que prohíbe “moldear la opinión pública según un solo punto de vista” (OC5/85, párr. 33), determina que los conceptos de Orden Público, Bien Común, Seguridad Nacional, tantas veces utilizados de forma arbitraria y encubridores de abusos a la libertad y a los mismos derechos humanos, no puedan ser explicados fuera de los propios límites de la democracia (*Vid.* nuestro ensayo “La democracia en el derecho internacional de las Américas, Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004).

Así que, de la misma manera en que el Orden Público ha de ser entendido como las “condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores”; y, siendo el Bien Común un “concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del Orden Público en un Estado Democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre”, el mismo hace referencia -como Bien Común- a las “condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”.

La consecuencia de tal interpretación, a juicio de la Corte es esencial, pues:

[D]e ninguna manera podrán invocarse el Orden Público o el Bien Común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (*Omissis*). (*Omissis*) Interpretación (la señalada) estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de una “sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (Americana). (Opinión Consultiva OC-5/85, *cit.*, párr. 67).

5. La cooptación estatal de los espacios y contenidos de radio y de televisión

La Ley de Contenidos crea, ciertamente, un marco indiscutible de autocensura en los “prestadores de los servicios de radio y televisión”. Dados los elementos reguladores de los contenidos y limitativos de las transmisiones radioeléctricas que aquella impone de un modo genérico, abiertos a la interpretación discrecional del Estado, todo prestador hará lo necesario para no ser víctima de las sanciones previstas por dicho ordenamiento.

Pero si ello basta como prescripción para inhibir las actuaciones de los antiguos propietarios o directivos de estaciones de radio y de televisión, en modo tal de enervar los efectos sociales de sus particulares saberes o creencias y cuya divulgación pública resultaría perjudicial para los usuarios y las usuarias, por otra parte, la Ley de Contenidos busca provocar una cooptación progresiva y activa de los contenidos trasmitidos por la radio y por la televisión, a objeto de que puedan ser útiles -como lo explicáramos inicialmente- a la fragua de la personalidad humana que bien dibuja el constituyente y cuya tutela encomendó expresamente al Estado.

Hemos dicho que, según el artículo 3 de la ley, entre sus objetivos destacan:

4. Procurar la difusión de información y materiales dirigidos a los niños, niñas y adolescentes que sean de su interés social y cultural, encaminados al desarrollo progresivo y pleno de su personalidad (*omissis*) y, en general, que contribuyan a la formación de su conciencia social.

5. Promover la difusión de producciones nacionales y producciones nacionales independientes (*omissis*).

7. Procurar la difusión de los valores de la cultura venezolana en todos sus ámbitos y expresiones.

El artículo 4 de la ley, como un primer elemento orientado a la afirmación de la identidad nacional que le explica y justifica, exige que todos los mensajes de todas las emisoras de radio y de televisión sean transmitidos “en idioma castellano” y en los “idiomas indígenas” o en la “lengua de seña venezolana” cuando corresponda: ora porque los programas estén “especialmente dirigidos a los pueblos o comunidades indígenas”, ora porque deban garantizar “la integración de personas con discapacidad auditiva”. Y la preferencia programática, en este último caso, será por los “programas informativos, culturales y educativos”.

El programa cultural y educativo, para los fines de ley, sólo será aquel “dirigido a la formación integral de la persona”, con lo cual se da una suerte de remisión a los conceptos constitucionales supra explicados y que, de modo particular, obligan a un énfasis en dos de los aspectos considerados por el artículo 5 de la ley:

a. La incorporación y participación de la persona en el desarrollo político y cultural de la nación

b. El fortalecimiento de la identidad, soberanía y seguridad de la nación.

c. Para los fines pertinentes, en consecuencia, el Estado no solo tendrá espacios gratuitos y obligatorios (artículo 10) en todos los servicios de radio y de televisión, cuya transmisión puede ordenar el órgano Rector del Ejecutivo Nacional con competencia en comunicación e información y a cuyo cargo directo, unilateral, quedan, por mandato de la ley, la administración de tales espacios, sus horarios y su temporalidad.

La Ley de Contenidos reitera, por una parte, la figura de “los mensajes previstos en (el artículo 192) de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, conocidos como las cadenas oficiales, sin límites de tiempo en cuanto a sus transmisiones y que, bien pueden alcan-

zar a los mensajes gubernamentales orientados al desarrollo de la personalidad humana, en tanto y en cuanto hace parte de los fines esenciales del Estado, conforme al citado supra artículo 3 constitucional.

Pero, además, el señalado órgano rector estatal dispondrá en cada radio y televisión: 420 emisoras locales y nacionales, aproximadamente, según el artículo 10, numeral 2 de la ley, “de setenta (70) minutos semanales” para “mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público”, que no podrán verse afectados en su calidad, imagen y sonido, ni interferidos en modo alguno por los prestadores de servicios de radio y televisión.

Los prestadores de radio y de televisión han de disponer, además, de tres (3) horas diarias del tiempo todo usuario (7 a.m. a 7 p.m.) para programas culturales y educativos, informativos o de opinión y recreativos dirigidos especialmente a niños, niñas y adolescentes, “presentados acordes con su desarrollo integral, con enfoque pedagógico y de la más alta calidad”; desarrollo integral de la personalidad que, por corresponder su tutela al Estado y siendo los prestadores, a tenor de la ley, realizadores de un servicio público, mal quedarán librados los programas del caso al arbitrio soberano del respectivo “prestador”.

Pero, además del tiempo señalado de programación educativa, los prestadores deberán difundir, durante el horario todo usuario, “un mínimo de siete horas de programas de producción nacional, de las cuales un mínimo de cuatro horas será de producción nacional independiente”, según lo pauta el artículo 14 de la ley.

Como se sabe, la producción nacional, para ser tal no solo reclama, según el artículo 13 *ejusdem*, capital, locaciones, guiones, autores, directores, personal artístico y técnico venezolanos, sino que han de ajustarse también a los “valores de la cultura venezolana”, en concurrencia de elementos y de porcentajes que a su leal saber y entender, por vía de “normas técnicas”, establecerá el Directorio de Responsabilidad Social (artículo 19): que es órgano de la ley y en cuya integración, de sus once (11) miembros, el Estado controla a siete (7) miembros de un modo directo -pues representan a entidades públicas- más otros (2) indirectamente, ya que corresponden a las organizaciones de usuarios y usuarias cuya inscripción haya autorizado según sus propias reglas la agencia gubernamental: la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (artículo 12 *in fine*). Sólo se agregarán a título independiente, por lo mismo, el representante de las iglesias y el representante de las escuelas de comunicación de las universidades nacionales.

Y, en cuanto a la producción nacional independiente, la calidad de independencia, sin mengua del juicio de valor que sobre los contenidos de la producción correspondiente ha de suministrar el Estado, es éste quien la otorga según un “registro que llevará el órgano rector en materia de comunicación e información del Ejecutivo Nacional”. De lo expuesto surge en la ley una disposición paradójica, que nuevamente peca de la doblez o dualismo ideológico característico de la Constitución y de la misma ley.

Se crea, en efecto, una Comisión de Programación de Televisión, para que establezca los mecanismos y condiciones de asignación de los espacios para los productores nacionales independientes, “con el fin de garantizar la democratización del espectro radioeléctrico, la pluralidad, la libertad de creación y el aseguramiento de las condiciones efectivas de competencia” entre éstos.

Lo cierto es que la Comisión del caso, sin embargo, la integran un representante del organismo rector gubernamental en materia de comunicación e información, en calidad de Presidente; un representante de los productores nacionales independientes y otro de las organizaciones de usuarios y de usuarias, quienes serán tales -productores independientes o usuarios- en tanto y en cuanto reciban el beneplácito gubernamental corres-

pondiente. Y a ellos se les agregará un representante de los prestadores de servicios, para integrar, así, un colegiado cuyas decisiones “son vinculantes” y en las que el Presidente de la Comisión, por lo demás, “tendrá doble voto”.

El círculo concéntrico de cooptación del tiempo horario en radio y en televisión por el Estado para programas educativos y culturales que le permitan cumplir con su cometido constitucional y público: “el desarrollo de la persona”, cerrándole espacios a las influencias exógenas, encuentra sus manifestaciones más extremas en dos disposiciones de la ley que le hacen posible:

a. Obtener, por vía punitiva y alegando incumplimiento de la ley, “espacios para difusión de espacios culturales y educativos”, según los términos del artículo 28, numerales 1 y 2.

b. Asegurarse la transmisión, por “los canales cuya señal se origine fuera del territorio” nacional (*vgr.* CNN, BBC, TVE, RAI, TV5, etc.) y que lleguen a los usuarios mediante “servicios de difusión por transmisión”, de los mensajes culturales y educativos que administra el órgano rector del Ejecutivo Nacional con competencia en comunicación e información, conforme al artículo 10, numeral 2.

La consecución de nuevos espacios para la educación y cultura estatales no sólo procede cuando el prestador de servicios en radio y en televisión altere el nivel constante “de intensidad de audio” con la que transmite, o cuando no identifique “las obras musicales venezolanas” o deje de responder los “reclamos de los usuarios o usuarias”; antes bien, se hace expedito cuando tenga lugar la violación de los elementos de contenido que determinan la clasificación de los horarios de transmisión permitidos y, asimismo, cuando se transmitan más de las horas autorizadas para la transmisión de novelas o se difundan “imágenes de violencia real” durante los horarios todo usuario y supervisado (5 a.m. hasta 11 p.m.).

A tenor del artículo 7 *in fine*, en efecto, “cuando se trate de mensajes difundidos en vivo y directo durante los horarios todo usuario y supervisado, podrán presentarse descripciones gráficas o imágenes de violencia real, si ello es indispensable para la comprensión de la información, la protección de la integridad física o como consecuencia de situaciones imprevistas, en las cuales los prestadores de servicios de radio o televisión no puedan evitar su difusión”. No cabría en la hipótesis permitida, así las cosas, la transmisión de una noticia que anuncie mediante imágenes, *v.gr.* la caída de una aeronave, el derrumbamiento de una torre por un misil terrorista. Y las que quepan deberán ser valoradas por el organismo gubernamental, en modo de descartar la violación “a los principios éticos del periodismo”, el “uso de las técnicas amarillistas”, o la “exacerbación, trato morboso o énfasis sobre detalles innecesarios”.

En cuanto a las obligaciones que asumen los “servicios de difusión por suscripción”, no parece bastar, para satisfacer el interés estatal por la difusión de mensajes culturales o educativos, que quede a disposición del Estado uno de los canales de la respectiva red y cuya difusión asumiría a su costo el respectivo prestador de servicios por suscripción, ni que se encuentre destinado dicho canal -en un 100 %- a programas nacionales independientes con predominio educativo y periodístico (artículo 16). Según la Ley de Contenidos las cadenas oficiales o presidenciales habrán de transmitirse obligatoriamente por uno de los canales informativos de la red de suscripción, y, en cuanto a los mensajes educativos y culturales del Estado, los prestadores habrán de sacrificar sus espacios publicitarios en los canales extranjeros a los que sirvan para que logre cubrirse el tiempo de transmisión semanal que ordena el artículo 10 *in fine*.

IV. EPÍLOGO

Jean Maritain (1882-1973), filósofo francés de neta inspiración cristiana y cuya obra intelectual dejó huella fértil en los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos, fija un testimonio doctrinal que hoy nos permite la lectura crítica -en línea contraria a la Constitución de 1999 y a la Ley de Contenidos comentada- de los postulados que dicen sobre el papel de la función estatal en el desarrollo de la personalidad humana y, al efecto, en el control público de los medios de comunicación social.

Y su cita vale por cuanto él hace una exégesis que mejor no podría interpretar en su médula, más allá de lo dicho con anterioridad, los alcances de la jurisprudencia internacional e interamericana acerca de la libertad de expresión e información, su incidencia sobre la personalidad humana y sobre los límites que pueden ser impuestos a tales derechos dentro de las fronteras fijadas por el Pacto de San José, de acuerdo al siguiente *dictum*:

[L]a libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, (*omissis*). Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. (*omissis*). El Bien Común (en una sociedad democrática y su protección reclaman de) un concepto referente a las condiciones de vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal. (*omissis*). [D]e ninguna manera podrán invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. (*omissis*). La libertad de expresión -lo dice la Corte- se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho a manifestarse. (*omissis*). La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. (*omissis*). Dentro de este contexto el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público (*omissis*). (OC-5/85, párrs. 34, 65, 67).

En su obra *Individualidad y Personalidad*, Maritain señala, justamente, que “en cuanto individuos cada uno de nosotros es un fragmento de una especie, una parte del universo, un punto singular dentro de la inmensa red de fuerzas y de influencias cósmicas, étnicas, históricas cuyas leyes padece; ellos, los individuos, por lo tanto, estamos sometidos al determinismo físico”. Pero, en tanto que personas, subsiste y se revela en cada uno de nosotros el espíritu de la libertad y de la independencia. De donde “personalidad significa interioridad con relación a nosotros mismos, posibilidad de completarnos y de entregarnos libremente”. De allí que, la educación que nos es propia, que nos pertenece como derecho y que se funda en nuestro albedrío -de donde el Estado puede actuar sólo de manera subsidiaria e instrumental- consiste, justamente, en la posibilidad de que cada uno de nosotros domine su individualidad y se haga ser humano, persona, mediante el desarrollo de la personalidad.

El sentido y los alcances de la norma constitucional que entrega al Estado, en Venezuela, la función primordial de desarrollar la personalidad y que, por obra de la misma, le hace espacio a la regulación de los contenidos que se transmiten vía los medios de comunicación social radio eléctricos, por ende, no podría entenderse en justicia sino a la luz de cuanto nos previniera Maritain con base en la experiencia de la última Gran Guerra y de sus gravísimas secuelas:

El error de los totalitarismos, por absolutistas, que quieren imponer la verdad con la coacción, deriva del hecho de que transfieren desde el objeto hacia el sujeto -la persona humana- las ideas que a buen recaudo se hacen acerca de las cosas; ellos piensan que, como el error no ofrece por sí mismo salida y, por lo mismo, debe ser expulsado de los espíritus (con los medios del espíritu), de igual manera el hombre cuando se encuentra en el error no goza de derechos propios y debe ser expulsado del o corregido por el conjunto de los hombres (con los medios del poder humano).

La verdad constitucional bolivariana, que busca abrirse espacios mediante la disposición de la red de emisoras de radio y de televisión e intenta convencer de su bondad a los usuarios y usuarias de la misma, se pretende imponer al margen de la unicidad que marca el sentido vital de cada ser humano y que se inserta en la pluralidad de las experiencias que comparte con su género: la Humanidad totalizante, en defecto del Estado totalitario.

Werner Golschmidt, “El principio primero y supremo de la justicia es la libertad para desarrollar la personalidad”, *La ciencia de la justicia*, Editorial Aguilar, Madrid, 1958.

§10. ACERCA DEL “DEBIDO PROCESO” EN LOS PROCEDIMIENTOS DESPLÉGADOS PARA EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVA Y LEGISLATIVA

Carlos Urdaneta Sandoval

Magister Scientiarum en Derecho Procesal Civil
Especialista en Derecho Administrativo

I. INTRODUCCIÓN

El precepto 49 constitucional prevé explícitamente el debido proceso tanto en sede judicial como administrativa¹. Desde el campo del Derecho procesal o jurisdiccional, llamase debido proceso a aquel proceso que reúna las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por la garantía del juez natural². Por ello, conceptualmente se entiende el debido proceso como un derecho constitucional de las “par-

1 Para el caso venezolano, a pesar de que en sentido amplio se afirma que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece prescripciones acerca del debido proceso en los artículos 24, 26 y 49 (DELGADO OCANDO, J. M., “Consideraciones sobre el debido proceso sustantivo”, 2005, en PARRA ARANGUREN, F. [Ed.] *Filosofía del derecho y otros temas afines. Libro Homenaje a Juan Bautista FUENMAYOR RIVERA*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, p. 160), el Debido Proceso se encuentra consagrado *strictu sensu* en el artículo 49 de la Constitución de 1999:

“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 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. Toda persona podrá 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, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas”.

2 GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3^o ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 163.

tes” en el proceso, un derecho fundamental que cumple ante todo una función garantística de los otros derechos fundamentales, por lo que debe ser designado como una garantía constitucional del proceso, en tanto integra el sector jurídico constituido por todas las normas consagradas expresa o implícitamente en los preceptos de la Carta Fundamental que establecen derechos subjetivos públicos dirigidos a que los justiciables puedan obtener las condiciones necesarias para la realización de una justa, eficaz y rápida impartición de la justicia, en todas las ramas del enjuiciamiento, esto es:

[una] institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso - legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas- oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos.³

El *due process of law*, debido proceso, debido procedimiento, proceso legal o de ley⁴, proceso con todas las garantías⁵ o proceso justo⁶, posee, en principio, dos vertientes pues es el “principio constitucional en virtud del cual se asegura que se darán las debidas garantías a las partes intervinientes en un juicio (*procedural due process*) y se protege la vida y la propiedad frente a cualquier interferencia arbitraria del Estado (*substantive due process*).”⁷ Desde esta perspectiva, Juan Francisco Linares⁸, mediante argumento *ab exemplo*, diferencia dentro del debido proceso legal, con fundamento en precedentes judiciales norteamericanos, debido proceso adjetivo de debido proceso sustantivo:

Con la fórmula debido proceso legal (*lato sensu*) nos referimos a ese conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso), sino también para que se consagre una debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate (aspecto sustantivo del debido proceso). Así, por ejemplo, de acuerdo con el patrón del debido proceso, no basta que una ley sea dictada con las

3 HOYOS, A., *El debido proceso*, Temis, Bogotá, 1996, pp. 54 y 3, con cita de FIX-ZAMUDIO, H., *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, UNAM, México, 1974, pp. 25-31 y 106.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia n° 80 de 1 de febrero de 2.001 ha dicho al respecto:

“...el derecho al debido proceso 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”, y la violación del debido proceso “operará, en principio, dentro de un proceso ya instaurado, y su existencia será imputable al Juez que con su conducta impida a alguna de las partes la utilización efectiva de los medios o recursos que la ley pone a su alcance para la defensa de sus derechos” (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>)

4 ROBB, L., *Diccionario de términos legales español-inglés e inglés-español*, Limusa, México, 1991, p. 160.

5 CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 160 y ss.

6 COMOGLIO, L. P., “Garanzie minime del ‘giusto processo’ civile negli ordenamenti ispano-latinoamericani”. Relazione predisposta per il VII Seminario Internazionale su *Formazione e caratteri del sistema giuridico latinoamericano e problemi del processo civile*, organizzato a Roma, nei giorni 16-18 maggio 2002, dall’Istituto Iberoamericano de Derecho Procesal, dall’IILA, dall’ASSLA, dall’Università di Roma Tor Vergata e dal Centro di Studi Giuridici Latinoamericani del CNR. Disponible en: http://www.judicium.it/news/garanzie_gisuto_processo.htm

7 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. y HOAGUE, E., *Diccionario jurídico*, t. I, Heliasta, Buenos Aires, 1990, p. 205.

8 LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, pp. 11-12.

formas procesales constitucionales y dentro de la competencia o arbitrio del órgano legislativo, para que sea válida, sino que es necesario que respete ciertos juicios de valor a los que se liga íntimamente la justicia en cuanto orden, seguridad, paz, etc., de lo que resulta un campo mínimo de libertad del individuo oponible al Estado mismo.

Hay, pues, un debido proceso adjetivo que implica una garantía de ciertas formas procesales y un debido proceso sustantivo que implica una garantía de ciertos contenidos o materia de fondo justos.

El mismo autor precisa que el debido proceso en su faz procesal constituye un “conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar cuando en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (Constitución, leyes, reglamentos), regulan jurídicamente la conducta de los individuos y restringen la libertad civil de los mismos (libertad física, de palabra, de locomoción, propiedad, etc.)”⁹ y define la garantía del debido proceso sustantivo con respecto a la ley formal y formal-material como “(...) la que consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto.”¹⁰

Nuestra Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión N° 516 de 12 de marzo de 2003 (caso *Inversiones Eracub C.A.*), *ab exempli gratia*, ha acogido la diferencia entre debido proceso formal (art. 49 de la Constitución de 1999) y debido proceso sustantivo (arts. 26 y 257 *eiusdem*)¹¹:

9 *Ibidem*, pp. 25-26.

Conforme a esta tendencia, la sentencia n° T-516 de la Sala de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional colombiana de 15 de septiembre de 1992:

“El accionante solicita el amparo de su derecho al debido proceso, derecho éste que hace parte de los de naturaleza fundamental, y que extendió sus garantías a la tramitación administrativa en la Constitución Política de 1991. El carácter fundamental de este derecho proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también, en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos. Es pues una defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, según la fórmula clásica, o lo que es lo mismo, de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa.

Además, el derecho al debido proceso comprende no solo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino, también el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran, en general, contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver”. (Disponible en: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1992/Tutela/T-516-92.htm>)

10 LINARES, J. F., *ob. cit.*, p. 31.

Como explica QUIROGA LAVIÉ al diferenciar “debido proceso adjetivo” de “debido proceso sustantivo”, conforme a aquél los actos constitucionales de cada poder del Estado deben formarse respetando los procedimientos establecidos por la norma constitucional que le otorga validez, mientras que en éste: “(...) la incompatibilidad entre la Constitución (o norma superior) y las leyes (u otras normas inferiores frente a las que le otorgan validez) se produce en virtud de que las normas inferiores (leyes, decretos, sentencias o actos, según el caso) violentan el sentido común establecido en las normas superiores (el sentido de justicia que en ellas alberga): de este modo se vulnera la razonabilidad que debe ostentar toda norma para pretender vigencia. No se violan las formas procesales sino la cuestión de fondo resuelta por el derecho” (QUIROGA LAVIÉ, H., *Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1987, pp. 447 y 460).

11 Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

La misma Sala en fallo n° 29 de 15 de febrero de 2000 (caso *Enrique MÉNDEZ LABRADOR*), explicó al respecto que “Si bien es cierto que el derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 26 de la Constitución, comprende también el derecho a una tutela judicial efectiva y a un debido proceso, en que se obtenga una resolución de fondo debidamente razonada, este derecho no comprende una garantía de que las sentencias sean acertadas. Esto es, que no

Fijado así el ámbito temático a ser considerado en la presente consulta de ley, la Sala observa que el Juzgado Superior antes mencionado incurrió en una interpretación errada del núcleo del derecho al debido proceso formal enunciado por el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esto es, del conjunto de formas y actos procesales que el órgano jurisdiccional debe garantizar a ambas partes durante el desarrollo del procedimiento judicial, a fin de que dispongan de la mayor libertad y oportunidad posible para alegar y probar todo aquello que permita una mejor protección de sus derechos e intereses. El también llamado principio del debido proceso formal comprende, según ha señalado la Sala en reiterada jurisprudencia, el derecho a ser oído, derecho a la prueba, derecho a la articulación de un proceso en un lapso razonable establecido por la ley, derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a que la pretensión deducida sea tramitada de acuerdo a los procedimientos previamente establecidos en la ley, es decir, a que se respeten la formas procesales, siempre y cuando cumplan con la finalidad del proceso indicada en el artículo 257 de la Constitución de 1999 (que consagra el derecho al debido proceso sustantivo, cuyo fin es aproximarse a la verdad fáctica, para realizar la justicia en el caso concreto).¹²

puedan ser jurídicamente erróneas por una infracción de la ley o por errores cometidos en la apreciación o establecimiento de los hechos o de las pruebas”.

En doctrina, el propio Magistrado DELGADO OCANDO, ponente de las decisiones proferidas en este sentido por el máximo tribunal, acoge tal diferenciación, explicando que el sentido del “debido proceso legal” esta ligado a la característica de instrumentalidad del proceso –porque el derecho procesal tiende a hacer efectiva la tutela de los derechos consagrados por el derecho sustantivo–, como garantía formal de la ley preestablecida y del derecho procesal del juez competente, lo que hace que se le considere desde un punto de vista formal u objetivo, esto es, un “debido proceso legal formal o adjetivo”. Por su parte, el “debido proceso legal sustantivo”, al ligarse con la autonomía del derecho procesal y con la dimensión constitutiva de la acción de los jueces, por medio de la jurisdicción, debe analizarse como un “instrumento fundamental para la realización de la justicia”, conforme lo establece el art. 257 de la Constitución de 1999, siendo ambivalente, pues no sólo exige el control del mérito del interés tutelado y la legitimación del accionante para defenderlo, lo que podría crear un conflicto entre el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, sino también el rechazo del formalismo contrario al reconocimiento de la justicia invocada. (Cf. DELGADO OCANDO, J. M., *ob. cit.*, pp. 157, 160-161 y 164).

John HART ELY afirma que el “debido proceso sustantivo” resulta una contradicción en los términos, como un “verde pastel rojo”, y que “debido proceso procedimental” de manera análoga es redundante; no pudiéndose evitar el hecho de que la palabra que sigue a “debido” es “proceso”, término que no significa algo diferente de lo que significaba hace un siglo, siendo necesario más de un uso aberrante ocasional para aseverar que quienes ratificaron la enmienda décimocuarta a la Constitución estadounidense tenían una definición excéntrica de tal palabra en mente, no obstante que la Corte Suprema de EE.UU. ha sostenido que, en lo sucesivo, antes de que pueda determinarse cuál proceso es el “debido” debe demostrarse que el accionante ha sido privado de un “interés de libertad” o de un “interés de propiedad”. HART ELY, J., *Democracia y autoconfianza. Un tema de control constitucional*, 1997. Tr. HOLGUÍN, Magdalena, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, p. 37. *Apud.* DELGADO OCANDO, J. M. p. 161.

DELGADO OCANDO objeta la posición de John HART ELY por controvertible: (i) no discute el carácter adjetivo del “debido proceso legal” y da por supuesto que el proceso tiene un carácter esencialmente formal, haciendo caso omiso de que la instrumentalidad no impide afirmar la autonomía del derecho procesal, de que la nomodinámica excluye la posibilidad de concebir las normas individualizadas como aplicaciones puramente mecánicas de las normas generales, así como del carácter eminentemente constitutivo de la sentencia y del proceso que la determina; (ii) ofrece una visión claramente ideológica del “debido proceso legal” al entenderlo en términos de instrumentación puesta al servicio del interés de vida, de libertad o de propiedad, sin tomar en consideración otros valores constitucionales como la justicia y el bien común, pues el “debido proceso legal” no sólo es una garantía del ciudadano cuyos intereses han sido vulnerados, sino también un aseguramiento de que el “debido proceso legal” controla el acceso indiscriminado a la justicia mediante el control de la legitimación de accionante y del mérito del interés lesionado, lo que excede la simple procesalidad de la garantía en sentido formal; (iii) la aplicación del derecho exige un tratamiento que desborda la instrumentalidad puramente formal del proceso, esto es, un debido proceso sustantivo *pro actione*, pues como explica Aulis AAARNIO, la decisión se justifica por la “aceptabilidad sustancial”, la cual se refiere a dos propiedades de la solución jurídica: a) la solución tiene que ser acorde con las leyes (presunción de legalidad), y b) la solución no puede ir en contra de la moralidad válida ampliamente aceptada en la sociedad (presunción de razonabilidad), y por tanto, es resultado del debido proceso sustantivo (DELGADO OCANDO, J. M., *ob. cit.*, pp. 161-162).

12 En dirección diversa de la doctrina jurisprudencial inaugurada en nuestro país por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a la cual se diferencia entre el debido proceso legal procedimental o formal y el debido proceso legal sustantivo, la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa

Ahora bien, si según un concepto amplio de procedimiento, los procedimientos son sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado, de manera tal que si el resultado es logrado respetando las reglas y/o los principios, entonces, desde el aspecto procedimental presenta una característica positiva, y al contrario, si no es obtenido de esta manera, entonces es defectuoso desde el punto de vista procedimental y, por ello, tiene una consecuencia negativa¹³, y si el principio cardinal de cualquier procedimiento a través del cual se haya de ejercer poder sobre un individuo o grupo de individuos es el del debido proceso, o procedimiento leal y justo¹⁴, frente al tratamiento estrictamente judicial del debido proceso verificado en general por la interpretación de nuestro Tribunal Supremo de Justicia ¿resulta aplicable la cláusula del debido proceso al procedimiento administrativo y al procedimiento legislativo?

1. El debido proceso en sede administrativa

El procedimiento administrativo es el cauce formal de la acción administrativa, *iter* procedimental que ha de seguir la Administración para ejercer sus potestades y expresar su voluntad en función administrativa, el cual resulta necesario para garantía de los intereses de la Administración y de los particulares¹⁵, encontrándose conformado por el

Rica N° 1739-92, del primero de julio de 1992, nos habla de un debido proceso adjetivo, de un debido proceso constitucional y de un debido proceso sustantivo:

“b) Sin embargo, a poco andar la insuficiencia del principio anterior [el Debido Proceso Legal, nacido con la Carta Magna inglesa], derivada de su carácter meramente formal, hizo que la doctrina se extendiera al llamado *Debido Proceso constitucional* -hoy, simplemente, *Debido Proceso*-, según el cual el proceso, amén de regulado por ley formal y reservado a ésta, debe en su mismo contenido ser garantía de toda una serie de derechos y principios tendientes a proteger a la persona humana frente al silencio, al error o a la arbitrariedad, y no sólo de los aplicadores del derecho, sino también del propio legislador; con lo que se llegó a entender que la expresión de la Magna Charta *law of the land* se refiere, en general, a todo el sistema de las garantías -todavía sólo procesales o instrumentales- implicadas en la legalidad constitucional. Este es el concepto específico de la garantía constitucional del Debido Proceso en su sentido procesal actual.

“c) Pero aun se dio un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del Debido Proceso a lo que en esa tradición se conoce como debido sustantivo o sustancial -*substantive due process of law*-, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al *principio de razonabilidad* de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional, en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución. (...)

“En resumen, el concepto del *Debido Proceso*, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos descritos: a) el del *Debido Proceso legal, adjetivo o formal*, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; b) el del *Debido Proceso constitucional o Debido Proceso* a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o formal -procesal-; y c) el del *Debido Proceso sustantivo o principio de razonabilidad*, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución.” (Redactada por Rodolfo E. PIZA ESCALANTE. Disponible en: http://www.abogados.or.cr/revista_elforo/foro1/sentencia.htm)

13 ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2001. Tr.: GARZÓN VALDÉS, E., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 457.

14 GORDILLO, A., *Tratado de derecho administrativo, La defensa del usuario y del administrado*, t. 2, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 1998, pp.VIII-17/VIII-18.

15 GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, p. 74.

conjunto de actos preparatorios o tramites cumplidos por la autoridad administrativa competente hasta llegar al acto administrativo decisorio de la cuestión de fondo que le haya sido planteada, así como por los tramites y diligencias posteriores a este, provenientes de la interposición de determinados recursos.¹⁶ Se dice entonces que es un “sistema lineal de actos emanados de un poder público, y, en su caso, también de uno o varios particulares que intervienen como interesados o con otro carácter distinto, y que, tiene por finalidad producir, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, un acto o una norma administrativos, o ejecutar, de esa misma manera, un acto ya producido”¹⁷, incluyendo por tanto no solo la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación, sino también en la impugnación de la voluntad administrativa.¹⁸

El procedimiento administrativo está básicamente concebido para alcanzar tres objetivos: (i) el acondicionamiento de las potestades de la Administración, cuyo ejercicio siempre ha de sujetarse a las reglas de Derecho, con lo que el acto resultante se hace jurídicamente irreprochable; (ii) la protección o tutela de los derechos e intereses de quienes intervienen en el procedimiento, que está asegurada por la suma de sus garantías procedimentales; (iii) las técnicas de procedimiento, destinadas a racionalizarlo para obtener una mayor eficacia, con la subsiguiente simplificación, rapidez y economía.¹⁹

Como uno de los objetivos del procedimiento administrativo es la protección de los derechos e intereses de quienes intervienen en dicho procedimiento, resulta lógico que el art. 49 de la Constitución de 1999 extienda la aplicación del debido proceso tanto a los procesos judiciales como a los procedimientos administrativos²⁰.

16 LARES MARTÍNEZ, E., *Manual de derecho administrativo*, 10ª edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, p. 699.

17 GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español. El acto y el procedimiento administrativo*, t. III, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1997, p. 492.

GIANNINI define los procedimientos administrativos como “serie de actos de autoridades administrativas coligados entre sí y tendientes a una única finalidad” (GIANNINI, M. S., *Diritto amministrativo, Terza Epizione*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 91).

En la doctrina nacional se define el procedimiento administrativo como un *iter* o secuencia de una pluralidad de actos ligados y coordinados entre sí, en función del fin o del acto perseguido, denominados formalidades, trámites o requisitos en sentido propio, que en forma de cadena es preciso observar, según un orden y forma de proceder fijados preestablecidamente, en el curso de la tramitación de una solicitud o recurso administrativo y a través de sucesivas unidades de orden superior que se denominan fases, períodos, instancias o etapas esenciales y determinantes, de tal modo que sin cada acto anterior, ninguno de los posteriores tiene validez y, sin cada acto posterior, ninguno de los anteriores tiene eficacia. (Cf. ARAUJO JUÁREZ, J., *Tratado de derecho administrativo formal*, 3ª edición, Vadell, Valencia-Caracas, 1998, pp. 27-30).

18 GORDILLO, A., *ob. cit.*, p. VIII-9.

19 MOLES CAUBET, A., “Introducción al procedimiento administrativo”, en *El procedimiento administrativo*, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1983, pp. 18-19.

20 Sin embargo, ya con el art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos había sido incorporada al sistema jurídico venezolano el “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, que consiste “en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”.

De manera adicional, por influencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, se incorpora al sistema jurídico y en consecuencia al procedimiento administrativo, el principio de la tutela administrativa efectiva, la cual deriva del art. 2.3, incisos a y b, que respectivamente disponen:

a) Que los Estados partes se comprometen a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente pacto hayan sido violados, podrán interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de funciones oficiales.

Al respecto, la sentencia C 640-02 de la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana de 13 de agosto de 2002 ha aclarado:

8. A partir de una noción de ‘procedimiento’ que sobrepasa el ámbito de lo estrictamente judicial, el procedimiento administrativo ha sido entendido por la doctrina contemporánea como el modo de producción de los actos administrativos. Cf. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas. S.A., Madrid, 1992, p. 420. Su objeto principal es la satisfacción del interés general mediante la adopción de decisiones por parte de quienes ejercen funciones administrativas. La Constitución Política reconoce la existencia de este tipo de procesos en el mundo jurídico, cuando en el artículo 29²¹ prescribe su sujeción a las garantías que conforman la noción de debido proceso.

Entre el proceso judicial y el administrativo existen diferencias importantes que se derivan de la distinta finalidad que persigue cada uno. Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso.

Así, a partir de una concepción del procedimiento administrativo que lo entiende con un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva, cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica éste último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso. Pero como mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, el mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe contemplar, debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública y que enuncia el canon 209 superior. Estos principios son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad imparcialidad y publicidad.

De esta manera hay una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos: de un lado el principio del debido proceso con todas las garantías que de él se derivan y de otro los que se refieren al recto ejercicio de la función pública.²²

b) La autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y ha de desarrollar las posibilidades de recurso judicial (Cf. LÓPEZ OLVERA, M. A. “Los principios del procedimiento administrativo”. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1594/12.pdf>)

21 Una de las fuentes de origen del artículo 49 de nuestra Constitución es el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991, con reforma en 1997, el cual establece:

“Art. 29. El Debido Proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un Debido Proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del Debido Proceso.”

22 Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/SC640_02.HTM

Entre las experiencias de derecho comparado referentes a la extensión del debido proceso al procedimiento administrativo, informa Gordillo que:

El Comité designado por el Lord Canciller de Inglaterra para estudiar la extensión de los poderes ministeriales, al emitir su informe en 1932, sostuvo de acuerdo con la jurisprudencia de la Cámara de los Lores, el más alto tribunal de aquel país, que los principios de la justicia natural eran de aplicación indispensable en materia de procedimiento administrativo, siendo el segundo de tales principios aquél que imponía no condenar sin oír a la parte... (*Committee on Minister's Powers*, Report, London, 1936, pp. 76/80). Sobre el fundamento aportado por la enmienda XIV de la Constitución acerca del debido proceso legal, entendido con sentido procesal, igual principio se aplica ineludiblemente en el procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América (Hart, J., *An Introduction to administrative Law*, 1940, pp. 258 y ss.; Schwartz, B., *Procedural due process In Federal administrative Law*, New York University Law Review, t. 25, pp. 52 y ss.)²³

En Alemania, igualmente se ha argumentado que el derecho a un proceso judicial en regla, al inferirse del postulado del Estado de Derecho, en conexión con la libertad genérica de acción (art. 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn), requiere a su vez de concreción y no sólo en un proceso penal, sino en procesos de cualquier naturaleza.²⁴

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano en pronunciamiento emitido en el caso “Pedro Arnillas Gamio” (Expediente 067-93-AA/TC) el 12 de diciembre de 1996, ha dicho “(...) el respeto de las garantías del debido proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento privado”²⁵.

¿Dado por sentada la veracidad de la posición afirmativa pueden aplicarse todas las instituciones incluidas dentro del debido proceso al procedimiento administrativo?

La sentencia C 540-97 de la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana de 23 de octubre de 1997 ha expresado:

Esa misma Sala con ocasión de la revisión de la Tutela n° 3197, sentencia T-552, del 7 de octubre de 1992, hizo entre otras precisiones sobre el Derecho Fundamental al Debido Proceso Administrativo, la de que “es un conjunto complejo de circunstancias de la administración que le impone la ley para su ordenado funcionamiento, para la seguridad jurídica de los administrados y para la validez de sus propias actuaciones”. (*Apud.* Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana n° C-339/96 de 1 de agosto de 1996. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/SC339_96.HTM)

²³ GORDILLO, A., *ob. cit.*, p. VIII-16.

²⁴ HEYDE, W., “La jurisdicción”, en BENDA, E. y otros, *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, p. 795.

En Alemania, se habla recientemente de que cada partícipe del procedimiento tiene derecho a un “procedimiento justo” o “a un proceso en regla”, principio que proviene del derecho angloamericano y su mandato de un *fair trial* o también del *due process of law*, y que, a pesar de haber tenido su expresión en el art. 6 párr. 1 oración 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, según el Tribunal Federal de Constitucionalidad alemán, deriva del principio del Estado de Derecho (art. 20 párr. 3 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, 28 párr. 1) (LEIBLE, S., *Proceso civil alemán*, DIKE, Medellín, 1999, p. 152, con cita de jurisprudencia del Bundesverfassungsgerichts (Tribunal Federal de Constitucionalidad) en *Neue Juristische Wochenschrift* (Revista), 1991, 3140 con otros antecedentes. También *Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts* (Colección de decisiones del Tribunal Federal de Constitucionalidad) 46, 202 (210). *Apud.* HEYDE, W. p. 794), esto es, de los derechos y libertades fundamentales garantizados en el Estado de Derecho, materialmente concebido, en particular, en el derecho a la libertad de la persona del art. 2.2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, cuya función de garante de la libertad igualmente requiere atención en el derecho procesal, siendo que, además, tiene por fundamento último, la dignidad de la persona, la cual prohíbe rebajar a la persona a mero objeto de un proceso público, presuponiendo por ello un mínimo de facultades activas procesales a favor del acusado (*Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts* (Colección de decisiones del Tribunal Federal de Constitucionalidad) 26, 66 (71); en relación con *Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts* (Colección de decisiones del Tribunal Federal de Constitucionalidad) 9, 89 (95); 57, 250 (275). *Apud.* HEYDE, W. p. 795).

²⁵ *Apud.* ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E., “En torno al debido proceso en sede administrativa y su viabilidad en el escenario peruano y mundial”, en *Revista Jurídica Cajamarca*. Disponible en: <http://www.bahaidream.com/lapluma/derecho/Revista12/debido.htm>

El debido proceso se instituye en la Carta Política de 1991 como un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata (arts. 29 y 85) que rige para toda clase de actuaciones, sean estas judiciales o administrativas, sometiéndolas a los procedimientos y requisitos legal y reglamentariamente establecidos, para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades, con protección de sus derechos y libertades públicas, y mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa necesarios, de manera que garanticen la legalidad y certeza jurídica en las resoluciones que allí se adopten.

De esa forma, se asegura la prevalencia de las garantías sustantivas y procesales requeridas, la imparcialidad del juzgador y la observancia de las reglas predeterminadas en la ley a fin de esclarecer los hechos investigados, así como la práctica, contradicción y valoración de las pruebas recaudadas y allegadas y la definición de los responsables y sus respectivas sanciones.

Su aplicación en los procesos administrativos ha sido reiterada por esta Corporación en diversos fallos, precisándose que quien participe en ellos debe tener la oportunidad de ejercer su defensa, presentar y solicitar pruebas, con la plena observancia de las formas propias que los rija.

Así pues, el desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas (C.P., art. 229), que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración, por conducto de sus servidores públicos competentes.²⁶

A su vez, el Tribunal Constitucional peruano en el caso *Empresa de Transportes Andrés Avelino Cáceres contra la Municipalidad Provincial de Huanuco* (exp. n° 026-97-AA/TC) señaló:

[...] Que el debido Proceso Administrativo, supone en toda circunstancia el respeto por parte de la administración pública de todos aquellos principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada y a los que se refiere el artículo 139 de la Constitución del Estado [de 1993] (verbigracia; jurisdicción predeterminada por la ley, derecho de defensa, pluralidad de instancia, cosa juzgada, etc.). Tales directrices o atributos en el ámbito administrativo general normalmente se encuentran reconocidos por conducto de la ley a través de los diversos procedimientos de defensa o reconocimiento de derechos y situaciones jurídicas, por lo que su transgresión impone como correlato su defensa constitucional por conducto de acciones constitucionales como la presente.²⁷

Se ha criticado tal decisión porque: (i) no resulta un sustento suficientemente explícito de la constitucionalidad de la interpretación, obviando una referencia específica a la cláusula de derechos implícitos; (ii) no es rigurosa ya que no puede hablarse a nivel administrativo de jurisdicción o de cosa juzgada (mejor de cosa decidida); (iii) su redacción parece considerar a elementos como el de la pluralidad de instancias como exigibles en todos los casos.²⁸

²⁶ Disponible en: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1997/Constitucionalidad/C-540-97.htm>

²⁷ *Apud.* ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E., *ob. cit.*

²⁸ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E., *ob. cit.*

Sin embargo, mediante sentencia del Tribunal Constitucional peruano, Exp. n° 010-2001-AI/TC, de 26 de agosto de 2003, dicho órgano jurisdiccional ha replanteado específicamente el tópico en los siguientes términos:

“§2. Derecho a la pluralidad de instancias, debido procedimiento administrativo y recurso de revisión:

a. La demandada ha justificado la introducción del recurso de revisión en el procedimiento administrativo municipal, alegando que su inexistencia lesionaría el derecho al debido proceso administrativo y, particularmente, los derechos a la pluralidad de instancias y a la defensa, apoyándose para ello en lo que en su momento sostuviera la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima en un proceso constitucional de amparo

Fallo líder de nuestra Sala Constitucional en cuanto a la interpretación que debe otorgarse al art. 49 constitucional es el n° 568 de 20 de junio de 2000 (caso *Aerolink Internacional S.A.*) a cuyo tenor:

Ahora bien, teniendo clara la naturaleza de acto administrativo del acto impugnado, conviene precisar la procedencia o no de la violación del derecho a la defensa y al debido proceso en el contexto del procedimiento constitutivo del mismo, para lo cual esta Sala observa:

Durante la vigencia de la Constitución de 1961, la jurisprudencia había aceptado reiterada y pacíficamente la protección del derecho al debido proceso como correlativo al derecho a la defensa en el contexto del procedimiento administrativo, no limitándolo en consecuencia a los procesos desarrollados en sede judicial.

Ese ha sido el criterio sostenido por Sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 20 de febrero de 1996, caso *Manuel de Jesús Requena*, la cual se precisó lo siguiente:

‘Cuando la normativa fundamental alude a los conceptos de ‘juez natural’, ‘debido proceso’ y ‘derecho a la defensa’, tales principios se aplican a cualquier situación en que sobre un sujeto recaiga el peso de una función jurisdiccional o bien, en la cual se asuman decisiones que puedan afectar los derechos o intereses de las figuras subjetivas del ordenamiento.

b. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. En efecto, el derecho a la pluralidad de instancias no es un contenido esencial del derecho al “debido proceso administrativo” -pues no toda resolución es susceptible de ser impugnada en dicha sede-; pero sí lo es del derecho al debido proceso “judicial”, pues la garantía que ofrece el Estado constitucional de derecho es que las reclamaciones de los particulares contra los actos expedidos por los órganos públicos, sean resueltas por un juez independiente, imparcial y competente, sede ésta en la que, además, se debe posibilitar que lo resuelto en un primer momento pueda ser ulteriormente revisado, cuando menos, por un órgano judicial superior.

A juicio del Tribunal, tras la conceptualización del derecho al debido procedimiento administrativo expresada por la demandada, subyace una idea errada de la configuración y justificación de la vía administrativa. En efecto, llevado al absurdo, con ella implícitamente se termina afirmando que las reclamaciones del administrado contra el Estado tienen su ámbito primario y natural de solución en el procedimiento administrativo y, sólo subsidiariamente, en el ámbito del proceso judicial, cuando, en principio, toda resolución administrativa es susceptible de ser impugnada en sede jurisdiccional.

Evidentemente, se trata de una interpretación que no guarda relación con el principio del Estado de derecho, que, como se ha dicho, garantiza a los individuos que la solución de sus conflictos -con el Estado o con otros particulares- puedan dilucidarse ante un tribunal de justicia competente, independiente e imparcial. Es en relación con el tercero imparcial, esto es, con referencia al órgano judicial, que el legislador debe garantizar la existencia, cuando menos, de una dualidad de instancias de resolución de conflictos, así como los medios (impugnatorios) apropiados para posibilitar su acceso.

Naturalmente, los órganos y tribunales administrativos no satisfacen esas condiciones de imparcialidad e independencia, pues se trata de entes que, o forman parte de la estructura organizativa del órgano cuyo acto administrativo se reclama, o pertenecen, en general, al Poder Ejecutivo. Precisamente porque los órganos administrativos no cumplen esas garantías mínimas que debe observar el ente que resuelva el conflicto, es que, al tiempo de considerarse el agotamiento de la vía administrativa como un derecho del particular [derecho que se traduce en evitarle el acceso a la justicia ordinaria si puede resolver su conflicto con la administración estatal en dicha sede], dicha vía, cuando se fija su agotamiento de manera obligatoria, debe contemplarse de manera tal que no pueda considerarse un privilegio del Estado o, acaso, como una medida que, irrazonable y desproporcionadamente, disuada, imposibilite o impida el acceso del particular a un tribunal de justicia.

En ese sentido, estima el Tribunal Constitucional que, si el legislador prevé la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, una exigencia derivada del derecho de acceso a la justicia es que éste sea configurado de la manera más breve como sea posible, pues de ese modo se optimiza mejor el principio *pro actione*.

De ahí que si la introducción del recurso de revisión a través de la Ordenanza Municipal impugnada no puede justificarse so pretexto de garantizarse el derecho a la pluralidad de instancias, este Tribunal considere que el análisis de su validez constitucional debe efectuarse, por un lado, en relación con la garantía de la autonomía municipal y, por otro, frente al contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la justicia”.

De allí que en un procedimiento administrativo de naturaleza sancionatoria, disciplinaria o de cualquier otra índole que pueda afectar la situación jurídica del administrado, tales principios deben ser respetados’. (Resaltado nuestro)

Por su parte, el debido proceso ha sido entendido por reiterada jurisprudencia de la misma Sala, en sentencia de fecha 9 de junio de 1999, caso *Banesco Banco Universal*, como “...el trámite que permite oír a las partes de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas, lo que incluye (de acuerdo a las dos leyes aprobatorias de las Convenciones citadas) y como parte del derecho a la defensa el derecho a probar. Este criterio sobre el debido proceso lo ha mantenido esta Sala en forma reiterada en fallos del 17 de marzo de 1993, 10 de agosto de 1995 y 19 de junio de 1996”.

La protección al debido proceso ha quedado expresamente garantizada por el artículo 49 de la Constitución de 1999, cuando dispone que “se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas”.

Este importante reconocimiento de la novísima Constitución de 1999, implica el respeto del derecho de los administrados que se vean afectados por un procedimiento administrativo instaurado en su contra, de conocer ese procedimiento, lo cual conlleva a que sea válidamente llamado a participar en él, es decir, que sea notificado, y conocer la causa del mismo.

Pero el derecho de los administrados no se agota con el conocimiento del inicio de un procedimiento administrativo, además de ello, debe la Administración garantizarle el acceso a las actas que conforman el expediente que debe ser abierto por la Administración.

En ese orden de ideas, la Administración debe respetar el derecho a ser oído del administrado, quien tiene el derecho de participar activamente en la fase de instrucción del procedimiento administrativo, por lo que debe serle otorgada oportunidad para probar y controlar las pruebas aportadas al proceso, alegar y contradecir lo que considere pertinente en la protección de sus derechos e intereses.

Por último, aplicando los principios antes mencionados al caso de autos, el administrado tiene derecho a que se adopte una decisión oportuna, dentro del lapso legalmente previsto para ello, que abarque y tome en cuenta todas y cada una de las pruebas y defensas aportadas al proceso, así como a que esa decisión sea efectiva, es decir, ejecutable, lo que se traduce en que no sea un mero ejercicio académico.²⁹

A todo evento, la cláusula del debido proceso implica, como expresa Gordillo, no sólo un principio de justicia, sino también un criterio de eficacia administrativa y de eficacia política. Resulta en un principio de eficacia administrativa pues indubitablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto ayuda a una mejor administración además de a una más justa decisión, con menor o ningún costo político, incluso si los

29 Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

Nuestra Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en numerosas sentencias se ha referido al debido proceso y, en fallo de 4 de abril de 2001 (Caso *Papelería Tecniarte C. A.*), expuso:

“El derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución a favor de todo habitante de la República, comprende el derecho a defenderse ante los órganos competentes, que serán los tribunales o los órganos administrativos, según el caso. Este derecho implica notificación adecuada de los hechos imputados, disponibilidad de medios que permitan ejercer la defensa adecuadamente, acceso a los órganos de administración de justicia, acceso a pruebas, previsión legal de lapsos adecuados para ejercer la defensa, preestablecimiento de medios que permitan recurrir contra los fallos condenatorios (de conformidad con las previsiones legales), derecho a ser presumido inocente mientras no se demuestre lo contrario, derecho de ser oído, derecho de ser juzgado por el juez natural, derecho a no ser condenado por un hecho no previsto en la ley como delito o falta, derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, derecho a no ser obligado a declararse culpable ni a declarar contra sí mismo, su cónyuge, ni sus parientes dentro del segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad, entre otros” (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>)

hechos parecen absolutamente claros, y la prueba existente sea contundente y unívoca, pues si además de manejarse razones de legitimidad se manejan motivos de oportunidad, mérito o conveniencia -e interés público en tanto suma de intereses individuales coincidentes- resulta meridiano que la voz de los afectados potenciales aporta siempre más elementos de juicio a tener en consideración para la decisión del mérito u oportunidad del acto y su grado de satisfacción del interés público comprometido. Por otra parte, cumple con un principio de eficacia política y de legitimidad de ejercicio del poder pues, además de permitir cumplir con mayor eficacia los objetivos trazados, reduce enormemente la fricción con que funciona la maquinaria de gobierno y logra la aprobación de los gobernados.³⁰

¿Es conveniente encerrar el debido proceso en un *numerus clausus*?

Se ha dicho que en el debido proceso confluyen una serie de principios y concurren otros derechos los cuales no es posible ni conveniente encerrar en un *numerus clausus*, pues ello daría lugar a encasillarlos e incluso a creer que sólo los enunciados existen.³¹ En sentido similar, en nuestro país se ha vertido la opinión según la cual la enunciación de los derechos recogidos en el art. 49 de nuestra carta magna sólo debe significar la declaración constitucional expresa del contenido mínimo del derecho al debido proceso.³² Tal interpretación se ve sustentada en Venezuela por el texto del artículo 22 de la Constitución conforme al cual: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.” En consecuencia, los ingredientes del debido proceso se van ampliando y evolucionando con el devenir del tiempo mediante lo que la doctrina brasileña llama “mutaciones informales de la Constitución”, pues, sin reforma constitucional, el texto constitucional va teniendo modificaciones por vía de una interpretación conforme a las necesidades existentes al tiempo de su aplicación, lo cual implica que se mantiene su texto pero mediante la labor interpretativa se vivifica su espíritu.³³

Exempli gratia, en Venezuela, Brewer-Carías incluye dentro del debido procedimiento los siguientes principios fundamentales: (i) el principio del contradictorio, que implica la necesaria confrontación de criterios que debe existir antes de que la administración decida, entre la Administración y los administrados e, incluso, entre varios administrados; (ii) el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo, en concreto, esto es, el debido procedimiento adjetivo, que tiene como aspectos fundamentales el derecho a ser notificado, el derecho de acceso al expediente, el derecho de audiencia, el derecho a formular alegaciones y a probar; (iii) el principio de la gratuidad, pues no habrá lugar a la imposición de tasas y costas; (iv) el principio de la motivación de los actos administrativos, como mecanismo de garantía del derecho a la defensa; (v) el principio de la confianza legítima, que tiene varias implicaciones: la decisión debe ser adoptada conforme a la verdad material que tiene que buscar la Administración y el respeto al principio de la

30 GORDILLO, A., *ob. cit.*, pp.VIII-17/VIII-22.

31 CHACÓN CORADO, M., “El debido proceso y su protección constitucional”, en *Revista Uruguaya de derecho procesal* n° 1/88, p. 29. *Apud.* VÉSCOVI, E. y colaboradores, *Código general del proceso*, t. I, Abaco, Montevideo, 1992, p. 101.

32 ORTIZ-ORTIZ, R., *Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa*, Editorial Frónesis, S.A., Caracas, 2001, p. 138.

33 VÉSCOVI, E. y colaboradores, *ob. cit.*, t. I, p. 101, con apoyo en la opinión de MINVIELLE, B. “La Convención Americana sobre derechos Humanos”, en *Revista Uruguaya de derecho procesal* n° 2/87, p. 137.

buena fe y de la lealtad mutua entre la administración, el funcionario y el particular, con lo cual surge el principio de la seguridad jurídica (con el subsecuente principio de la predictibilidad, la proscripción de la *reformatio in pejus*, el principio *non bis in idem*, la presunción de licitud o de inocencia, el principio de la retroactividad y el principio de respeto a los criterios establecidos en decisiones precedentes) y el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos ya dictados, los cuales deben mantenerse, salvo los casos de nulidad absoluta; (vi) la garantía de la tutela judicial efectiva y su relación con el agotamiento de la vía administrativa, tema que incluye el principio de la doble instancia, la proscripción del *solvo et repeto* y el privilegio de un procedimiento administrativo previo a las demandas judiciales que puedan intentarse contra la Administración.³⁴

Explica Barrios de Angelis que el debido proceso legal “no se trata de un principio singular, que manifiesta la política del normador respecto de una conexión particularizada, sino de algo diferente. La síntesis de todos los principios procesales, en el marco del principio constitucional de igualdad de las partes ante la jurisdicción”.³⁵ En sentido análogo a esta concepción amplia, la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica N° 1739-92, del primero de julio de 1992, confirma que “el concepto del Debido Proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los *derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce* -cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano-, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia.”³⁶ Conforme a una particular interpretación se ha pretendido aplicar la institución del debido proceso solo a los actos materialmente jurisdiccionales de los otros poderes públicos.

En tal sentido, conforme a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del Debido Proceso no sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional:

De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo [...]. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.³⁷

34 BREWER-CARÍAS, A. R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Legis Editores, Bogotá, 2003, pp. 262-300.

35 BARRIOS DE ANGELIS, D., *El proceso civil. Código General del Proceso*, t. I, Montevideo, 1989, p. 26. *Apud*. VÉSCOVI, E. y colaboradores, pp. 102-103.

36 Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica n° 1739-92, del primero de julio de 1992, redactada por Rodolfo E. PIZA ESCALANTE. Disponible en: <http://www.abogados.or.cr/revistaelforo/foro1/sentencia.htm>

37 Comisión Andina de Juristas, *El debido proceso en las decisiones de los órganos de control constitucional de Colombia, Perú y Bolivia*. Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/gui/debi.htm>.

De manera similar, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que las garantías del debido proceso son aplicables a toda instancia a la que la ley atribuye capacidad de juzgar, como ocurre en el caso de determinadas corporaciones de la Administración Pública.³⁸

Dicha tesis parece apoyar entonces la existencia de una actividad jurisdiccional de la Administración, la cual genera “actos cuasijurisdiccionales”, tendencia jurisprudencial acogida inicialmente en Venezuela por sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 18 de julio de 1963, luego apoyada por autores como Sansó, Brewer-Carías y Farías Mata³⁹, y que ha sido recientemente ratificada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 438 del 04 de abril de 2001, a cuyo tenor:

[...] existen procedimientos administrativos donde la Administración cumple una función equivalente a la del juez para resolver la controversia entre dos partes. Por ello se ha denominado a los actos que resultan de dichos procedimientos como actos cuasijurisdiccionales... En tales actos, la Administración, en sede administrativa, no actúa como parte en el procedimiento decidiendo unilateralmente sobre derechos que le son inherentes, sino que actúa en forma similar a la del juez, dirimiendo un conflicto entre particulares y cuya decisión está sometida al posterior control en sede judicial... Es pues indudable que el acto administrativo que resulta de dichos procedimientos de tipo cuasi-jurisdiccional, crea derechos u obligaciones tanto para la parte recurrente como para aquella o aquellas que, tal como consta en el expediente administrativo, estuvieron efectivamente presentes en el procedimiento del cual resultó el acto impugnado.⁴⁰

38 *Ibidem*.

39 ARAUJO JUÁREZ, J., *Principios generales de Derecho procesal administrativo*, Vadell, Caracas-Valencia, 1996, pp. 199-200.

40 Igualmente, conforme a la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 02 del mes de agosto de 2001, Exp n° 01-0213:

“(...) existen ciertas actuaciones realizadas por la Administración, que son el resultado de un procedimiento de carácter contencioso, tramitado ante esa instancia, que tiene como propósito poner fin en sede administrativa a un litigio entre particulares. Son las llamadas por algún sector de la doctrina, actuaciones cuasijurisdiccionales que tienen por finalidad componer una controversia sin que la propia Administración se encuentre directamente vinculada al conflicto, a no ser su interés como órgano de inspección y vigilancia. Es decir, se trata de situaciones en las que la autoridad administrativa administra justicia, decidiendo una controversia Inter partes en forma similar a como lo hace la autoridad judicial. Tal como sucede verbigratia en los casos que resuelven los órganos administrativos en materia inquilinaria. (Cabe citar a este respecto una decisión dictada por la Sala Político Administrativa de la antes denominada Corte Suprema de Justicia, del 10 de enero de 1980, Caso *Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo*, en la que se expresan las dos conclusiones importantes a que llegó esa Corte en aquella oportunidad, a saber: a) se reconoce la posibilidad de la emisión de actos de naturaleza jurisdiccional por parte de órganos administrativos; y b) se niega la posibilidad del recurso contencioso-administrativo de anulación ante la Corte, por tratarse de actos que no emanan del Poder Ejecutivo Nacional [Ministerio del Trabajo].)

En el ámbito laboral sucede, como se explicó, que la Administración Pública tiene atribuidas competencias para la resolución de conflictos entre los trabajadores y los patronos, para lo cual cuenta dentro de su organización con las Inspectorías de Trabajo, a las cuales les corresponde ejercer una función análoga a la jurisdiccional. Y contra cuyas decisiones definitivas se puede ejercer el recurso correspondiente ante los órganos judiciales (...).

(...)

Considera esta Sala conveniente referirse a la cuestión relativa a la ejecución de los actos dictados por la Administración (...). La cuestión ha sido examinada por la jurisprudencia, en una oportunidad, por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en una famosa decisión, del 21 de noviembre de 1989, conocida como caso *Arnaldo LOVERA*. En dicha decisión se expresó:

“Por estar dotado de ejecutoriedad el acto administrativo adoptado en los términos expuestos, no requiere de homologación alguna por parte del juez: la ejecución de dicha decisión opera por su propia virtualidad, y con los mismos efectos, para el caso, de una sentencia judicial, además téngase presente que, en tanto que la ley especial de la materia no exige la intervención de los tribunales para proceder a su ejecución cuando a ésta se opusieran los afectados, no precisa en cambio el órgano administrativo de habilitación alguna para llevarla a cabo por sí mismo,

No obstante, aparte de que tal creación no puede cumplir con el adagio latino “*res judicata pro veritate habetur*” (la cosa juzgada debe ser reconocida como verdadera) pues lo que hay es una cosa decidida, mas sometible a revisión judicial, no debe aplicarse la institución del debido proceso únicamente a los actos de ejercicio de jurisdicción material por parte de la Administración pública, ya que el art. 49 de la Constitución resulta mas amplio en su concepción y *ex vi legis* no puede limitarse por una interpretación restrictiva de tal tenor, habida cuenta de que no constituye una excepción sino un principio general del Derecho, y por ende, legítimo y necesario, en tanto el Derecho favorece lo que es legítimo y siendo que lo necesario se encuentra permitido.

2. El debido proceso en sede legislativa

Las funciones parlamentarias pueden ser representativas, deliberativas, financieras y presupuestarias, legislativas de control, de dirección política, de inspección, jurisdiccionales, de indagación, de comunicación y educativas, entre otras.⁴¹

Ahora bien ¿Qué sucede con los procedimientos llevados ante la Asamblea Nacional en ejercicio de la función legislativa la cual no es mencionada de manera expresa por el art. 49 de la Constitución de 1999? ¿No se le aplica la institución del debido proceso?

La jurisprudencia extranjera no ha tenido problema para considerar la aplicación del debido proceso a tales órganos representativos siempre y cuando se trate de actos materialmente jurisdiccionales en el sentido *ut supra* explicado. Tal criterio ha sido acogido en diferentes decisiones a nivel de la región andina, verbigracia, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el Congreso de la República es titular de la función jurisdiccional cuando a través de sus diferentes órganos ventila las acusaciones contra altos funcionarios del Estado mencionados en el artículo 174º de la Constitución colombiana. Específicamente, la Corte Constitucional ha establecido que en dichos eventos las actividades que llevan a cabo la comisión de investigación y acusación de la Cámara de Representantes, la comisión de instrucción del Senado, la plenaria de ambas cámaras, etc; constituyen una manifestación de la función jurisdiccional, análoga a las etapas de investigación y calificación que realizan los fiscales y jueces comunes.⁴² Similar criterio puede sustentarse en torno a las funciones de control de inspección y de indagación, pues pueden afectar derechos de goce de los sujetos pasivos de tales funciones mediante un procedimiento llevado a cabo por un órgano representativo del Poder Público.

En lo que toca a la aplicación del debido proceso a los órganos representativos y deliberantes en ejercicio de la función legislativa, la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1989 del 22 de julio del 2003 (caso *Carlos Casanova Leal*), se inclina por la negativa bajo los siguientes argumentos:

Ahora bien, en el caso del procedimiento de formación de leyes, la Sala considera que el mismo se encuentra sometido no a los principios contemplados en el artículo 49 constitucional, sino a los principios y formas esenciales para la validez del acto normativo a producir que prevén los artículos 204 a 218 del mismo Texto Constitucional, llamados a garantizar, por un lado, princi-

pues como se ha dejado expuesto, le basta -por regla- con disponer de los ya reseñados medios que, para lograr tal propósito, establece la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>)

41 BERLÍN VALENZUELA, F., *Derecho Parlamentario*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 129; SANTAOLALLA, F., *Derecho Parlamentario Español*, Espasa Calpe, Madrid, 1998, pp. 235-251.

42 Comisión Andina de Juristas, *ob. cit.*

pios fundamentales del régimen democrático como el de la participación del pueblo en ejercicio de su soberanía a través de sus representantes legítimamente electos, el de participación de las minorías, el de la colaboración entre sí de los órganos que integran las diferentes ramas del Poder Público y el de seguridad jurídica en cuanto a la publicidad y vigencia de la normativa vigente, enunciados en los artículos 2, 5, 6, 136, 186, 201 204, 206, 211, 215 y 218 de la Carta Fundamental, y por otro (en vez del derecho a la defensa, del derecho a alegar y a probar y a obtener una decisión motivada, entre otros, que son típicos derechos individuales), el ejercicio del derecho a la libre participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, en particular, a intervenir y manifestar su opinión y observaciones, individual o colectivamente, a los proyectos de ley que son debatidos y examinados por el Órgano Legislativo Nacional en el procedimiento de formación de leyes al cual se hace referencia, garantizados por los artículos 62 y 211 de la Norma Fundamental, todo ello con el objeto de lograr a través de la intervención de los diferentes órganos autorizados para ello y de los destinatarios de las normas a ser dictadas, el fomento de una política deliberativa que confiera mayores niveles de legitimidad y aceptabilidad (en cuanto adecuación a la realidad social, económica, cultural, etc) a las leyes que resulten de la actuación legislativa de la Asamblea Nacional (cfr. Habermas, Jürgen, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Península, Barcelona, 1991, pp. 85-86; y *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 363)

Así las cosas, las supuestas infracciones por inobservancia o violación de cualquiera de los actos o formalidades esenciales establecidas por la Constitución o el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional durante el procedimiento de formación de las leyes, por parte de los integrantes de la Asamblea Nacional o de ésta actuando como órgano legislativo, en criterio de esta Sala, no pueden ser denunciadas, con base en los artículos 27 de la Carta Magna y 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a través de la acción de amparo como supuestas violaciones al derecho al debido procedimiento administrativo o judicial, contemplado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que todo acto dictado o acordado por el Órgano Legislativo Nacional o cualquiera de sus integrantes actuando individual o colectivamente que impliquen infracción o inobservancia de los principios, normas y actos contemplados en los artículos 204 al 218 de la vigente Constitución, contenidos en el acto normativo que resulte de tal proceder, son denunciables a través del recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad contemplado en los artículos 336.1 *eiusdem* y 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (cfr. fallo N° 477/2003, del 6 de marzo).⁴³

Al contenido de tal decisión de nuestro máximo tribunal se le debe observar que contrario a lo expresado en su texto, los principios del debido proceso constitucional y formal si bien se iniciaron como derechos individuales, hoy se utilizan dentro de procesos para la protección de derechos e intereses colectivos o difusos. Por otra parte, a pesar de que se reconoce la participación de los ciudadanos en los procedimientos de formación de las leyes, se desconoce de manera parcial el fundamento último del debido proceso, cual es el de la tutela de la dignidad humana, pues al no poder, por ejemplo, alegar y probar y obtener una decisión motivada de parte del cuerpo legislativo, tal participación rebaja la persona a mero objeto de un proceso público. Piénsese en la discusión de leyes con objeto controvertido, como las leyes vinculadas a la educación, a la libertad de expresión, las referidas a la despenalización del aborto, el matrimonio de parejas no heterosexuales, *et caetera*.

Ex adverso, por la afirmativa se pronuncia Gordillo quien, basado en un argumento *a fortiori*, *a minori ad maius*, nos dice que la cláusula del debido proceso, por tener un carácter fundamentalmente axiológico otorgado por la Constitución y por constituir prácticamente un principio general del derecho, consustanciado con la esencia misma del derecho, del Estado de Derecho:

43 Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

[...] aunque este principio en algún país no figurara en las leyes o reglamentos de procedimiento, corresponde de todos modos interpretarlo en el sentido de que es de aplicación por imperio de una norma superior de jerarquía constitucional, por los principios generales del derecho público, por la justicia natural, por la vigencia misma del Estado de derecho. Y ello se aplica no solamente a la audiencia del individuo o la persona jurídica concreta en un caso singular, particular o concreto; también se ha de aplicar como principio constitucional y de justicia natural, con mayor razón aún, al indispensable procedimiento de audiencia pública antes de que se adopten normas generales que afectarán un universo de usuarios, vecinos, consumidores, administrados, etc.⁴⁴

En nuestro criterio, como principio general el debido proceso debe aplicarse a la función legislativa del parlamento, como indica Gordillo, particularmente en los procesos de audiencia pública de los proyectos de leyes, a fin de garantizar una adecuada participación de los ciudadanos que proteja su dignidad como seres humanos. En lo que toca a las funciones deliberativas y legislativas, si bien deben prevalecer la negociación y los acuerdos conforme al respeto de las normas constitucionales y legales aplicables, en especial el Reglamento Interior y de Debates, debiendo abstenerse los otros poderes del Estado de intervenir en el ejercicio de sus funciones propias como órgano del Poder público, ello no obsta para que ante el incumplimiento de los contenidos sustanciales de la Constitución y las leyes por omisión, tergiversación o exceso en la interpretación y cumplimiento de formas adjetivas previstas para el Parlamento, sea denunciada la violación del debido proceso constitucional, del debido proceso formal o del debido proceso sustantivo, para que los órganos judiciales competentes actúen en consecuencia a fin de tutelar el interés público.

II. CONCLUSIONES

Los elementos del debido proceso constitucional y formal tienen aplicación en los procedimientos tanto administrativo como legislativo. Dicha aplicación debe adecuarse a las características de cada tipo de procedimiento.⁴⁵ Por ejemplo, en Colombia, la Corte Constitucional mediante sentencia T-419-92 ha establecido que los principios sobre el debido proceso contenidos en los textos constitucionales, “(...) también tienen plena operación *mutatis mutandi*, en las demás ramas del derecho procesal: procesal civil (que se extiende a la laboral, etc.) y a la actividad administrativa que comprende tanto la actuación gubernativa como la contencioso administrativa (...)”, vale decir, que el debido proceso es igualmente válido “(...) para toda actividad de la administración pública en general, sin excepciones de ninguna índole y sin ninguna clase de consideraciones sobre el particular”.⁴⁶

¿Como pueden adecuarse los elementos del debido proceso a los procedimientos administrativo y legislativo? Al respecto, en la Sentencia SU 620 de 1996 la Corte constitucional del país neogranadino se señaló concretamente lo siguiente:

44 GORDILLO, A., *ob. cit.* pp.VIII-13/VIII-14.

45 Como explica FIORINI, hay normas y principios universales de la ciencia del proceso como son el emplazamiento, las notificaciones, la personería, los plazos, el derecho de defensa, etc., que rigen en forma general todo procedimiento cualquiera que fuere el campo donde debe aplicarse, proviniendo las diferencias de la especificidad que corresponde al ámbito de cada proceso estatal (FIORINI, B., *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, pp. 29-30).

46 *Apud.* BERNAL VALLEJO, H. H. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, S.M., *El debido proceso disciplinario*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2001, p. 31.

En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. *En tal virtud, la norma del art. 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las actuaciones con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.* Sentencia SU-620 de 1996; M.P. Antonio Barrera Carbonell. En el mismo sentido ver las Sentencias C-557/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-619/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C- 840/01 M.P. Jaime Araujo Rentería. (cursivas fuera de texto).⁴⁷

Pero también el debido proceso sustantivo tiene aplicación íntegra tanto en el procedimiento administrativo como en el procedimiento legislativo. Para aclarar el punto procedemos a transcribir parcialmente en la parte pertinente la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica N° 1739-92, del primero de julio de 1992, a cuyo tenor:

De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto.

Se distingue entonces entre *razonabilidad técnica*, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; *razonabilidad jurídica*, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, *razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales*, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.⁴⁸

En fin, como lo señala Bidart Campos, para que exista la posibilidad de defensa y del debido proceso tiene que haber proceso, lo cual presupone disponer del acceso al órgano judicial para que administre justicia, lo que no impide afirmar que el principio del debido proceso rige tanto en el orden penal como fuera de él, en cualquier clase de proceso y aun ante la administración pública en el procedimiento administrativo y ante

47 *Apud.* Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana n° C-735/03 de 26 de agosto de 2003. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC73503.HTM>

48 Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica n° 1739-92, del primero de julio de 1992, redactada por Rodolfo E. PIZA ESCALANTE. Disponible en: http://www.abogados.or.cr/revista_elforo/foro1/sentencia.htm

el Congreso, cuando una u otro deciden cuestiones por medio de la emisión de actos de su competencia⁴⁹. Por ello, nada excluye, y en particular la unidad conceptual entre el proceso civil y proceso penal, que tengan también recepción a nivel constitucional las normas que consagran el debido proceso, en el ámbito civil incluyendo aquí el comercial, laboral, de menores, y aún el administrativo o fiscal.⁵⁰

49 *Apud.* FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, E., *Diccionario de derecho público. Administrativo-Constitucional-Fiscal*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 183.

50 GREIF, J., *El debido proceso*, Disponible en: <http://www.ucaparana.com.ar/derecho/trabajos/greif.htm>

§11. LA VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN A TRAVÉS DE LA CENSURA PREVIA ESTABLECIDA EN LEYES VENEZOLANAS

Ana Cristina Núñez Machado
Profesora de la Universidad Metropolitana

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la libertad de expresión y sus posibles límites es siempre materia de discusión en las naciones que se denominan democráticas ya que las sociedades deben buscar un justo equilibrio entre darle la más amplia libertad a sus ciudadanos para expresarse pero a su vez evitar aquellas expresiones que puedan generar importantes conflictos sociales o atenten contra la estabilidad democrática.¹ Venezuela no es la excepción, en efecto aquí la libertad de expresión se mantiene constantemente en la agenda de discusión de las autoridades y los ciudadanos particulares. Los primeros argumentan que existe plena libertad de expresión en Venezuela y paralelamente buscan mecanismos “legales” para establecerle límites que consideran necesarios; los segundos argumentan que la libertad de expresión está siendo ilegítimamente restringida y buscan mecanismos legales para expandir en lo posible el ámbito de expresión permitido.

Ahora bien, dentro del abanico de posibles temas que se pueden abordar relacionados con la libertad de expresión en Venezuela resalta el de la censura previa. Según el Profesor Faúndez “desde el punto de vista jurídico, la censura es una medida dirigida a controlar el contenido de una obra, adoptada por las autoridades del Estado en forma previa a su difusión, para impedir o restringir la circulación de información, ya sea porque ella no está en sintonía con los patrones morales del censor; o porque se considera que el interés público hace necesario suprimirla, o por cualquier otra causa”.²

El tema es de particular importancia para los venezolanos ya que desde hace algunos años hemos venido observando una peligrosísima tendencia Estatal de consagrar nuevos supuestos de censura previa a través de la acción conjunta del legislador, el reglamentista y los tribunales; todo lo cual se traduce necesariamente en una inmediata restricción a la libertad de expresión en Venezuela. Así, los poderes públicos han obrado

1 Por ejemplo, recientemente hemos visto como en los Estados Unidos de América se ha levantado una gran polémica por la decisión de encarcelar a un periodista quien se negó a revelar su fuente informativa. Se trata de Judith MILLER, del New York Times, quien fue condenada a dieciocho (18) meses de cárcel por negarse a revelar sus fuentes. Sobre ésta decisión afirmó Reporteros Sin Fronteras: “Hoy es un día sombrío para la libertad de prensa, en Estados Unidos y en el mundo. Esta sentencia inédita, absurda y desproporcionada, contra un periodista que no ha hecho otra cosa que respetar una prerrogativa profesional, constituye una violación del derecho internacional, un peligroso precedente y una muy mala señal, enviada por Estados Unidos al resto del mundo”.

2 FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los Límites de la Libertad de Expresión*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 376.

de forma concatenada para establecer nuevos supuestos de censura previa: el legislador la consagra a través de una ley, el reglamentista lo hace a través de un reglamento y la Sala Constitucional los blindo jurídicamente al darles el visto bueno, dejando así al ciudadano sin posibilidad alguna para cuestionar dichas normas.

Así, la discusión de la censura previa en Venezuela no es meramente académica o teórica, sino que se trata de una problemática vigente a través de la cual el Estado, bajo un manto de aparente legalidad, ha violado compromisos internacionales y textos del mayor rango jurídico para cercenar libertades públicas. Por ello hemos decidido dedicar este estudio a analizar la situación de la censura previa en Venezuela, pues consideramos fundamental llamar la atención hacia esta tendencia que no sólo viola principios constitucionales venezolanos, sino que además incide en el ejercicio de la libertad de expresión de los venezolanos, lo que a su vez debilita nuestra democracia. A estos fines comenzaremos por analizar la prohibición de rango constitucional a la censura previa vigente en Venezuela (I) para de seguidas analizar diversos ejemplos de leyes venezolanas que, de espaldas a dicha prohibición, establecen supuestos de censura previa (II).

II. LA PROHIBICIÓN A LA CENSURA PREVIA COMO PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

De conformidad con los vigentes estándares universales en materia de libertad de expresión, la libertad de expresión no debe estar sometida a controles anteriores sino que, por el contrario, las personas gozan de libertad de difundir y recibir ideas de toda índole, más se hacen responsables posteriormente por los daños que dicha difusión pueda ocasionar. Esta idea se concretiza en las dos nociones que prácticamente representan el régimen universal actual de la libertad de expresión: (i) la prohibición a la censura previa y (ii) las responsabilidades ulteriores. Así, estas dos nociones son, por decirlo así, caras de una misma moneda, ya que la primera implica que no puedan haber controles anteriores a la difusión de contenidos (*e.g.* permisos oficiales para autorizar la transmisión de un programa por radio o televisión o para la publicación de libros) y la segunda establece que sólo una vez difundido el contenido puede haber sanciones dependiendo de los daños que se causen. En conclusión, *los contenidos deben poderse difundir libremente y sólo de forma ulterior puede venir el "control" a través de sanciones (de ser el caso)*. En este sentido resultan oportunas las palabras del Profesor Faúndez quien afirma:

La censura previa es la forma más severa de interferir con la libertad de expresión; mientras una sanción posterior, dispuesta como consecuencia de un procedimiento judicial, está sujeta a un cúmulo de garantías judiciales y sólo opera después de que dicha sentencia adquiera fuerza de cosa juzgada, la censura previa tiene un efecto inmediato y, en cierto sentido, produce un daño irreversible.³

Estos dos principios de la prohibición de la censura previa y la consecuente responsabilidad ulterior que, como comentamos *supra*, son prácticamente universales en el trato que se le da a la libertad de expresión, consiguen en Venezuela sustento Constitucional. En efecto, la censura como tal está totalmente prohibida por la Constitución que, en sus normas referidas al derecho de expresión y de información, señala categó-

3 FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los Límites de la Libertad de Expresión*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 375.

ricamente que no puede establecerse censura y que sólo existe responsabilidad ulterior. En efecto señala la Constitución lo siguiente:

Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, *sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado.* [...]

Artículo 58. (...). Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, *sin censura*, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. (...) (Resaltado nuestro)

De manera que, sin lugar a dudas, a nivel constitucional en Venezuela se prohíbe expresamente cualquier clase de control previo sobre las ideas, opiniones y pensamientos que se transmiten en ejercicio de la libertad de expresión, al igual que en materia de información, que la Constitución trata separadamente de la libertad de expresión.

Es de hacer notar que la prohibición constitucional a la censura previa es de larga data en Venezuela. En efecto, ya la Constitución de 1821⁴ establecía lo siguiente:

Artículo 156. Todos los colombianos tienen el derecho de escribir, imprimir y publicar libremente sus pensamientos y opiniones, *sin necesidad de examen, revisión o censura alguna anterior a la publicación.* Pero los que abusen de esta preciosa facultad sufrirán los castigos a que se hagan acreedores conforme a las leyes. (Resaltado nuestro).

Además, resalta el hecho que la consagración constitucional de la prohibición de la censura previa es una práctica común en Latinoamérica. Es el caso, por ejemplo, de Honduras, Argentina, Panamá, Costa Rica, Brasil, México, Uruguay, República Dominicana, Perú, Nicaragua, Guatemala, Colombia, Chile y El Salvador.⁵

Ahora bien, aunado a la propia Constitución venezolana, otro texto de rango constitucional en Venezuela establece también la prohibición a la censura previa. Se trata de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada y ratificada por Venezuela y de rango constitucional en Venezuela de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución⁶. En efecto, dicho instrumento consagra la libertad de expresión en los siguientes términos:

4 Sancionada por el Congreso General de Colombia en su sesión del 30 de agosto de 1821.

5 A título de ejemplo podemos transcribir las normas de los dos últimos países citados:

Constitución de Chile:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

La libertad de emitir opinión y la de informar, *sin censura previa*, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad con la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

Constitución del Salvador:

Artículo 6. Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho *no estará sujeto a previo examen, censura ni caución*, pero los que haciendo uso de él infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan.

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

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores*, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. [...] (Resaltado nuestro)

Así, la Convención Americana prohíbe expresamente cualquier medida preventiva al ejercicio de la libertad de expresión. En efecto, al interpretar esta norma la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido.”⁷

Por demás, esta prohibición a la censura previa es absoluta, no permitiendo excepción alguna (salvo la expresamente establecida en el Artículo 13 *eiusdem* que permite la censura previa para regular el acceso de menores de edad a espectáculos públicos). Así lo ha reconocido la doctrina nacional al establecer que “*la prohibición de la censura previa en la Constitución y en la Convención Americana es de carácter absoluto, de manera que no es posible que se prevea excepción alguna a la prohibición*” (resaltado nuestro).⁸

Por su parte la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, documento adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reitera la prohibición absoluta de censura previa exigiéndole a los Estados no sólo que no contemplen supuestos de censura previa, sino que la prohíban expresamente en sus leyes. En efecto, la referida Declaración establece lo siguiente:

*La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libre expresión.*⁹

El carácter absoluto de la prohibición de la censura previa ha sido, por demás, reiterado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos:

La Convención permite la imposición de restricciones sobre el derecho de libertad de expresión con el fin de proteger a la comunidad de ciertas manifestaciones ofensivas y para prevenir el ejercicio abusivo de ese derecho. El artículo 13 autoriza algunas restricciones al ejercicio de este derecho, y estipula los límites permisibles y los requisitos necesarios para poner en práctica estas

⁷ Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, párr. 39, Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en http://www.corteidh.or.cr/serieapdf/seriea_05_esp.pdf; INTERNET.

⁸ BREWER-CARÍAS, Allan R., “La Libertad de Expresión del Pensamiento y el Derecho a la Información y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en *La Libertad de Expresión Amenazada*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 40.

⁹ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108º Período de Sesiones Ordinarias.

limitaciones. El principio estipulado en ese artículo es claro en el sentido de que *la censura previa es incompatible con el pleno goce de los derechos protegidos por el mismo*. La excepción es la norma contenida en el párrafo 4, que permite la censura de los “espectáculos públicos” para la protección de la moralidad de los menores. *La única restricción autorizada por el artículo 13 es la imposición de responsabilidad ulterior*. [...]

*El artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumban.*¹⁰ (Resaltado nuestro)

No cabe duda entonces, que la prohibición a la censura previa no admite excepción alguna, siendo una obligación absoluta que pesa sobre el Estado venezolano por mandato constitucional.

Es interesante resaltar que, comparada con otros instrumentos de derechos humanos, se evidencia que la Convención Americana consagra una más amplia protección a la libertad de expresión, siendo prácticamente el único instrumento que expresamente incluye la prohibición de la censura previa. Así, ni el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ni la Convención Europea de Derechos Humanos, ni la Carta Africana prohíben expresamente la censura previa. Por ello, la Corte Interamericana ha manifestado que al comparar la Convención Americana con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos “demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”.¹¹

Más aún, la más reciente ley venezolana relacionada con la materia de libertad de expresión, la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión,¹² establece expresamente en su Artículo 2 que la interpretación y aplicación de dicha ley está sujeta, entre otros principios constitucionales, a *la prohibición de censura previa y a la responsabilidad ulterior*.

Es de resaltar que hasta la presente fecha el Estado venezolano ha seguido ratificando el principio de la prohibición absoluta de la censura previa a través de distintas normativas que son dictadas. En efecto, las recientemente publicadas “Normas sobre Publicidad y Propaganda de la Campaña Electoral de las Elecciones de Gobernador del Estado Amazonas, Alcaldes de los Municipios Miranda del Estado Carabobo y Achaguas del Estado Apure, Concejales y Miembros de las Juntas Parroquiales de 2005” establecen en su artículo 4 numeral 3 que la interpretación y aplicación de dichas Normas está sujeta al principio de “prohibición de censura previa, sin perjuicio de la responsabilidad ulterior que se genere”.¹³

Ahora bien, es importante señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sentado varios criterios en materia de libertad de expresión que ha calificado como doctrina vinculante. Entre ellos, la Sala ha considerado que en Venezuela sí puede

10 Informe n° 11/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 11.230 Chile, [Martorell], [n° 56], disponible en www.cidh.org/annualrep/96span/IA1996CapIIIi.htm; INTERNET.

11 Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 50, Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en http://www.corteidh.or.cr/serieapdf/seriea_05_esp.pdf; INTERNET.

12 Publicada en *Gaceta Oficial* n° 38.081 del 7 de diciembre de 2004.

13 *Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela* n° 247 del 7 de junio de 2005.

existir censura previa. Así, en sus polémicas sentencias 1.013¹⁴ y 1.942 la Sala Constitucional permite la censura previa de determinados contenidos. En efecto, en la Sentencia 1942 la Sala Constitucional estableció lo siguiente:

[L]a Sala interpreta que en materia comunicacional y por aplicación de otros principios constitucionales, la ley puede impedir la difusión de informaciones que dejen sin contenidos otras normas constitucionales o los principios que rigen la Carta Fundamental. A juicio de la Sala, ello puede tener lugar aún antes de que los medios de comunicación lo hagan conocer, ya que de no ser así, el efecto nocivo que reconoce la norma constitucional y que trata de impedir, tendría lugar irremisiblemente.¹⁵

Ahora bien, precisamente porque estos criterios fijados por la Sala Constitucional contradicen abiertamente toda la doctrina desarrollada por el Sistema Interamericano en la materia, las mismas fueron objeto de importantes críticas de parte del sector jurídico académico venezolano,¹⁶ de los medios de comunicación privados, de la sociedad civil, entre otros. Por ejemplo, el Profesor Brewer-Carías señaló que la sentencia 1013 no hacía otra cosa que “legitimar la censura previa, lo cual es inconstitucional”.¹⁷ Por otra parte, ha señalado, por ejemplo, la Profesora Escudero León sobre la sentencia 1.942 lo siguiente:

Lo anterior no sólo se hace en desconocimiento de las garantías que en materia de censura previa establecen la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución en el marco del reconocimiento de la libertad de expresión, sino que se convierte en una verdadera limitación a dicha libertad por cuanto se permite la posibilidad que un juez impida la difusión de contenidos que en su individual apreciación se constituyan en aquéllos prohibidos ... Esta creación de la Sala Constitucional no solo violenta la prohibición de la censura previa prevista en Venezuela por la normativa que regula la libertad de expresión, sino que además tal discrecionalidad y amplitud en la determinación de contenidos a censurar es terreno fértil para la arbitrariedad. Así estamos en Venezuela ante un censor judicial de contenidos que se materializa en un verdadero obstáculo para el libre flujo de ideas y opiniones.¹⁸

En efecto, tan criticada fue la sentencia 1.942 que la Sala Constitucional se vio en la necesidad de emitir un comunicado “ante la tergiversación por parte de algunos periodistas y entrevistados por los medios audiovisuales del contenido del fallo 1942”. A través de dicho comunicado, la Sala “aclaró” el contenido del fallo indicando lo siguiente:

Que el artículo 57 Constitucional prohíbe la censura previa pero a la vez prohíbe la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa, lo que constituye una contradicción dentro del mismo artículo.

Que el efecto nocivo que produciría la violación por quienes así se expresen, de las prohibiciones sobre propaganda de guerra y mensajes discriminatorios o promotores de la intolerancia religiosa, *puede ser impedido por leyes (a dictarse en el futuro) que permitan la censura previa*, siempre que sean actos jurisdiccionales (y no administrativos) quienes la ordenen. (Resaltado nuestro)

14 Sentencia n° 1013 del 12 de junio de 2001, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Elias SANTANA*, disponible en www.tsj.gov.ve; INTERNET.

15 Sentencia n° 1942 del 15 de julio de 2003, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Rafael CHAVERO*, ponencia del Magistrado Jesús Eduardo CABRERA, disponible en www.tsj.gov.ve; INTERNET.

16 A título de ejemplo ver, ARTEAGA, Alberto y otros, “Sentencia 1942 vs Libertad de Expresión”, Editorial Aequitas, Caracas, 2003.

17 BREWER-CARIAS, Allan, *La Constitución de 1999, Derecho Constitucional Venezolano*, t. 1, 4° Edición, Editorial Jurídica, Caracas, 2004, p. 606.

18 ESCUDERO LEÓN, Margarita, “Reflexiones sobre las amenazas a la libertad de expresión en Venezuela”, en *Ensayos Jurídicos en Celebración de los 90 años del Escritorio Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez*, Editorial Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2004, pp. 5-6.

Reitera así la Sala Constitucional su criterio en cuanto a que sí estaría permitida la censura previa en Venezuela, estableciendo que la misma debe estar establecida en una ley y que sea ordenada por un acto jurisdiccional. Sin embargo, estas “garantías” que otorga la Sala referidas a la reserva legal y a la exigencia de que se trate de un acto jurisdiccional son irrelevantes visto que toda censura previa está absolutamente prohibida, independientemente de la autoridad pública u órgano del Estado que la ordene. En efecto, tal como lo establece la doctrina especializada:

En los términos del artículo 13(2), *la censura previa está prohibida independientemente de si es establecida por autoridades judiciales o ejecutivas. La característica distintiva de la censura previa no está determinada por la rama del poder estatal que restringe la libertad del Estado. El nudo de la censura consiste en la limitación por parte del Estado -a través de cualquiera de sus órganos- del ejercicio en el futuro de la libertad de expresión. De hecho, la Corte Interamericana ha establecido, de modo amplio e incondicional, que cualquier medida preventiva constituye censura previa, y por ende, un menoscabo a dicha libertad.*¹⁹ (Resaltado nuestro)

En todo caso, reiteramos, estos criterios de la Sala Constitucional desatienden mandatos constitucionales que pesan sobre el Estado venezolano y que prohíben de manera absoluta la censura previa.

De manera que, tal como se deriva del contenido de la normativa que en materia de libertad de expresión tiene plena vigencia en Venezuela, con rango constitucional, la censura previa resulta incompatible con esta libertad constitucional, ya que los abusos en el ejercicio de la libertad de expresión sólo pueden ser objeto de sanciones ulteriores, sin que en forma alguna se puedan establecer controles previos de ninguna clase a la transmisión y recepción de ideas, pensamientos, opiniones, información y en general cualquier clase de expresión.

Sin embargo, el legislador venezolano ha hecho caso omiso a la referida prohibición y, de espaldas a los textos constitucionales, ha previsto varios supuestos de censura previa que resultan manifiestamente inconstitucionales. Procedemos a hacer referencia a tales supuestos.

III. ALGUNOS SUPUESTOS DE CENSURA PREVIA ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA VENEZOLANA

1. La exigencia de autorización previa de parte de un ente público para poder difundir contenidos

Una de las modalidades más evidentes de censura previa es aquella a través de la cual antes de poder difundir un contenido se requiere obtener autorización previa de parte del Estado, y sólo una vez obtenida dicha autorización puede difundirse el contenido en cuestión.

¹⁹ DULITZKY, Ariel, “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: El caso MARTORELL”, disponible en <http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky.html>; INTERNET.

El primer ejemplo que conseguimos de esta modalidad de censura previa legalmente establecida en Venezuela es el del artículo 71 de la Ley Orgánica de Protección del Niño y el Adolescente²⁰ (en lo sucesivo la “LOPNA”). En efecto, dicha norma dispone lo siguiente:

Artículo 71. Garantía de mensajes e informaciones adecuadas.

Durante el horario recomendado o destinado a público de niños y adolescentes o a todo público, las emisoras de radio y televisión sólo podrán presentar o exhibir programas, publicidad y propagandas *que hayan sido consideradas adecuadas para niños y adolescentes por el órgano competente. (...) (Resaltado nuestro)*

La norma citada somete el contenido de la programación que transmiten las emisoras de radio y televisión en horario destinado a público de niños y adolescentes o a todo público a un *control previo* por parte de una autoridad competente, que determine si la programación es adecuada o no para el público al que está destinada, lo cual constituye un claro supuesto de censura previa que expresamente prohíbe la normativa de rango constitucional vigente en Venezuela en materia de libertad de expresión, tal como se desarrollará seguidamente.

El Artículo 71 de la LOPNA establece un grosero supuesto de censura previa, ya que consagra en forma expresa la existencia de un control previo, por parte de un órgano del Estado, de la totalidad de la programación (incluyendo la publicidad) que se transmita en el horario destinado a niños y adolescentes y a todo público.

En efecto, el artículo 71 señala expresamente que las emisoras de radio y televisión “sólo podrán presentar o exhibir programas, publicidad y propagandas que hayan sido consideradas adecuadas para niños y adolescentes, por el órgano competente”. Así las cosas, de acuerdo con el texto de la norma citada *toda la programación y publicidad* que se transmita en ese horario debe someterse a la consideración previa de un órgano del Estado que determine si es apta para ser transmitida en el horario referido.

Tal situación, por demás violatoria de la libertad de expresión al ser un claro supuesto de censura, se agrava aún más tomando en cuenta que la LOPNA habla del “horario recomendado o destinado a público de niños y adolescentes o a todo público”, y de acuerdo con la normativa contenida en la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión” el horario “todo usuario” cubre desde las 7 a.m. hasta las 7 p.m. De manera que *la norma del artículo 71 establece un control previo que recae sobre toda la programación y publicidad que se transmita a través de los canales de televisión durante doce (12) horas.*

Pero resulta que, además de todo lo establecido *supra*, el artículo 71 choca con otra norma de la misma ley ya que la LOPNA establece en otro de sus artículos una prohibición absoluta a la censura previa. En efecto, su Artículo 67 establece lo siguiente:

Todos los niños y adolescentes tienen derecho a expresar libremente su opinión y a difundir ideas, imágenes e informaciones de todo tipo, *sin censura previa*, ya sea oralmente, por escrito, en forma artística o por cualquier otro medio de su elección, sin más límites que los establecidos en la Ley para la Protección de sus derechos, los derechos de las demás personas y el orden público. (Resaltado nuestro)

20 *Gaceta Oficial Extraordinaria* n° 5.266 del 2 de octubre de 1998.

Vemos entonces una contradicción evidente entre dos normas de la LOPNA ya que por una parte su Artículo 67 prohíbe la censura previa y por otra parte su Artículo 71 establece un supuesto clarísimo de censura previa. Esta situación irregular denota, entre otras cosas, un error gravísimo de técnica legislativa y, más aún, un desconocimiento de la materia por parte del legislador quien en un mismo texto legislativo incluyó normas evidentemente contradictorias.

En la normativa venezolana han existido otras disposiciones que siguen el mismo patrón de censura previa del Artículo 71 de la LOPNA, exigiendo que antes de la transmisión o divulgación de un contenido, el mismo sea previamente revisado y autorizado por la autoridad pública, lo cual constituye quizá el supuesto más evidente y grosero de censura previa. Ello ha ocurrido, por ejemplo, en materia de publicidad electoral cuando hasta hace poco tiempo se exigía que las piezas de publicidad o propaganda fueran previamente autorizadas por el Consejo Nacional Electoral para poder ser divulgadas. En efecto, el Reglamento vigente para la época establecía lo siguiente:

Artículo 21. En cuanto al cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Reglamento, los medios de comunicación social o los promotores de piezas de publicidad o propaganda deberán solicitar del Consejo Nacional Electoral la autorización previa de las piezas a publicar o transmitir. La respuesta del Consejo Nacional Electoral deberá ser comunicada a los interesados dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes.²¹ (Resaltado nuestro)

Así, no se podían transmitir las piezas publicitarias o de propaganda hasta que el Estado venezolano, por órgano del Consejo Nacional Electoral, revisara el material y concediera su autorización. Es evidente que este control estatal se traducía en censura previa. Afortunadamente a la presente fecha esta disposición ha sido eliminada, por lo que no se requiere autorización previa de la autoridad para transmitir propaganda electoral. Sin embargo, el artículo 71 de la LOPNA está perfectamente vigente, constituyendo una evidente amenaza latente para la libertad de expresión de los venezolanos.

2. Las medidas cautelares provisionales de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión y de las normas sobre publicidad y propaganda electoral

Otra modalidad de censura previa son las llamadas “medidas preventivas” generalmente previstas en textos de rango legal en los cuales se faculta al Estado para que a través de un órgano administrativo o judicial, ordene la no divulgación o transmisión de un contenido, impidiendo así su difusión. Sin embargo, recordemos que en la mencionada Sentencia 1.013, en la cual la Sala Constitucional legitimó la censura previa, se afirmaba textualmente que no constituyen formas indirectas de censura “las disposiciones legales que permitan medidas preventivas sobre programas comunicacionales”.

En la normativa venezolana conseguimos varios ejemplos de esta inconstitucional práctica. Por ejemplo, aunque, como vimos *supra*, la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión establece que queda prohibida la censura previa, su texto prevé dicha censura. Específicamente el Artículo 33 establece que dentro del marco de los procedimientos sancionatorios e incluso en el acto de apertura de éstos, la autoridad pública (el Gerente de la Gerencia de Responsabilidad Social de Radio y Televisión de la Comisión

²¹ Resolución n° 000309-190 del 9 de marzo de 2000 del Consejo Nacional Electoral, Reforma al Reglamento Parcial n° 5 sobre Publicidad y Propaganda de la Campaña Electoral, Publicada en la *Gaceta Electoral* de abril de 2000.

Nacional de Telecomunicaciones) podrá prohibir la difusión de programas que presuntamente infrinjan ciertas normas de la ley. Sólo después de acordada dicha medida es que el medio podrá oponerse a ella a los efectos de que la misma sea levantada. De manera que, mientras esté en vigencia de la medida la difusión del programa en cuestión está prohibida, lo que claramente se traduce en censura previa.

Distintas organizaciones especializadas en derechos humanos y, específicamente en materia de libertad de expresión, han manifestado su disconformidad con esta disposición de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. Es el caso, por ejemplo, de “Reporteros sin Fronteras” quien en su página Web señala lo siguiente:

[L]a organización se ha pronunciado en favor de la eliminación de las “medidas cautelares”, a las que ha calificado de “censura que oculta su nombre”. El artículo 33 de la ley da a un funcionario poder para prohibir, a título de “medida conservadora”, la emisión de imágenes que “promuevan, hagan apología o inciten a la guerra [...], a alteraciones del orden público [...], al delito”. “Esta disposición contradice la propia ley que, en su artículo 2, prohíbe la censura. También es contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]”.²²

También la doctrina nacional manifestó su disconformidad con esta norma estableciendo lo siguiente:

Uno de los elementos más preocupantes es la posibilidad de que se dicten medidas cautelares en el curso del procedimiento, incluso desde el acto de inicio. [...] A nuestro juicio constituye una facultad de censurar la información antes de ser transmitida, que lesiona los derechos a la información y libertad de expresión, en particular en cuanto a la oportunidad de la transmisión de la información. ... Estas medidas a nuestro juicio constituyen una forma de control de oportunidad en que se difunde la información, la cual está reñida con el principio de responsabilidad ulterior [...].²³

El legislador venezolano se mostró sordo a los distintos pronunciamientos de especialistas en la materia y de diversos sectores de la sociedad²⁴ a efectos de que eliminara el supuesto de la censura previa de la Ley. Así, se aprobó dicha norma la cual estaría entonces vigente desde el 7 de diciembre de 2004, fecha de publicación de la Ley. Preocupa enormemente cómo el legislador decidió establecer esta peligrosísima limitación a la libertad de expresión de espaldas a sus compromisos internacionales y nacionales. En efecto, Venezuela se encuentra así, no sólo descatando compromisos internacionales que asumió al ratificar la Convención Americana, sino descatando la propia Constitución la cual, como vimos, prohíbe la censura previa.

La misma situación se presente en materia de publicidad electoral, en específico en las Normas sobre Publicidad y Propaganda de la Campaña Electoral en las Elecciones Regionales²⁵ y en las Normas sobre Publicidad y Propaganda de los Procesos de Referendo

22 Disponible en la página Web de Reporteros Sin Fronteras http://www.rsf.org/article.php3?id_article=11641; INTERNET).

23 LUSVERTI, Carlos, “Observaciones sobre la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, en Venezuela: Situación del Derecho a la Libertad de Expresión e Información”, Coordinadores CORREA, Carlos y CAÑIZALES, Andrés, *Espacio Público y otros, Informe 2004*, Venezuela, 2005, p. 268

24 Por ejemplo, el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Prensa expresó: “Entretanto, el artículo 33 otorga a CONATEL la potestad de dictar una medida cautelar que ordene a los prestadores de servicios de radio y televisión abstenerse de difundir, en cualquier horario, mensajes que promuevan o inciten a la guerra, a alteraciones del orden público, al delito, o que promuevan la intolerancia religiosa. Dicha medida cautelar puede convertirse en un mecanismo de censura previa”. Disponible en <http://www.sntp.org.ve/diciem01.htm>; INTERNET.

25 Resolución n° 040928-1597 del 28 de septiembre de 2004, Consejo Nacional Electoral.

Revocatorio de Mandatos de Cargos Públicos de Elección Popular²⁶. En efecto, aunque en ambos textos se establece que la interpretación y aplicación de dichas normas estará sujeta al principio de la prohibición de censura previa, ambos textos prevén censura previa. En efecto, en las Normas sobre Publicidad y Propaganda de la Campaña Electoral en las Elecciones Regionales se establece lo siguiente:

Artículo 23. La Comisión de Participación Política y Financiamiento, a partir del inicio de la averiguación podrá acordar, conforme al principio de proporcionalidad, la suspensión, remoción o retiro temporal de la publicidad o propaganda o cualquier otra medida que asegure la eficacia de la resolución definitiva.

En igual sentido, las Normas sobre Publicidad y Propaganda de los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos Públicos de Elección Popular establecen lo siguiente:

Artículo 26. La Comisión de Participación Política y Financiamiento, a partir del inicio de la averiguación correspondiente, podrá acordar conforme al principio de proporcionalidad, la suspensión, remoción o retiro temporal de la publicidad o propaganda o cualquier otra medida que asegure la eficacia de la resolución definitiva.

Resulta curioso constatar que esto no solo viola la prohibición a la censura previa, sino que además viola los parámetros que estableciera la propia Sala Constitucional en su sentencia 1942 (discutida *supra*), que disponía que la censura previa era válida sólo si el contenido específico era impedido por un texto de rango legal y “siempre que sean actos jurisdiccionales (y no administrativos) quienes la ordenen”. En este caso, se trataría de un acto administrativo en el marco de un procedimiento administrativo por lo que la referida norma, además de violar textos constitucionales, viola la doctrina vinculante sentada por la Sala Constitucional.

Otra norma que resulta altamente preocupante por su poder para censurar contenidos es la prevista en el Artículo 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que establece que “el Ejecutivo Nacional podrá, cuando lo juzgue conveniente a los intereses de la Nación, o cuando así lo exigiere el orden público o la seguridad, suspender la transmisión de comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones”.

Vemos entonces cómo las autoridades venezolanas desde hace algunos años han iniciado una peligrosa e inconstitucional tendencia de establecer censura previa. Esto resulta particularmente preocupante cuando entendemos que Venezuela, al ser un Estado parte en la Convención Americana, “sólo podría recurrir a la censura previa en situaciones excepcionales de la naturaleza prevista en el artículo 27 de la misma Convención (guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado), en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de esa situación.”²⁷

En conclusión, de espaldas a obligaciones constitucionales, el Estado venezolano ha venido consagrando supuestos de censura previa. Sólo queda esperar que los ciudadanos, primeros afectados por estas normas, las ataquen y exijan su nulidad o, por lo mínimo, su desaplicación, de parte de los jueces venezolanos. La Sala Constitucional

²⁶ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.819 del 17 de noviembre de 2003.

²⁷ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los Límites de la Libertad de Expresión*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 388.

debe proceder a declarar la nulidad absoluta por inconstitucionalidad de estas normas y, de la misma forma, el juez venezolano que se encuentre decidiendo un caso en que estén en juego estas normas debe proceder a su desaplicación inmediata por inconstitucionalidad, en ejercicio del control difuso establecido en el Artículo 20 del Código de Procedimiento Civil. En esta lucha que debemos emprender todos los venezolanos nos puede además acompañar este incentivo: la historia ha demostrado que al censurar un contenido se crea una curiosidad especial en la colectividad, por lo que aquellos contenidos que han sido censurados por el Estado terminan siendo incluso más difundidos.

§12. LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA FRENTE AL DECRETO 3444

Manuel Rachadell

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de las presentes consideraciones es analizar el contenido del Decreto Presidencial N° 3.444, del 24 de enero de 2005, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.758, Extraordinario, del 27 de enero de 2005, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Reglamento Orgánico del Ministerio de Educación Superior, a los fines de determinar si algunas de sus disposiciones podrían menoscabar la autonomía que la Constitución y la legislación vigente otorgan a las Universidades o lesionar competencias del Consejo Nacional de Universidades legalmente conferidas.

A estos efectos es oportuno recordar que la autonomía universitaria fue consagrada en el Decreto Ley N° 458, del 5 de diciembre de 1958, con sus atributos de autonomía normativa, organizativa, académica, administrativa, económica y financiera y de inviolabilidad del recinto universitario. Igualmente, que mediante Ley del 8 de septiembre de 1970, se reorganizó la autonomía universitaria en el sentido de establecer algunas limitaciones y controles sobre las Universidades, pero esas facultades que se restaron a estas instituciones no se transfirieron al Ejecutivo Nacional sino al Consejo Nacional de Universidades, órgano en cuya integración las Universidades tienen una participación decisiva.

Una prueba del respeto que la vigente Ley de Universidades muestra hacia la autonomía de nuestras máximas casas de estudio la encontramos en la organización del Consejo Nacional de Universidades, integrado por el Ministro de Educación, quien lo preside, los rectores de las Universidades Nacionales y Privadas, tres representantes de los profesores, tres representantes de los estudiantes, dos profesores universitarios de alto rango académico elegido por el Congreso y un representante del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (art. 19 de la Ley de Universidades). Ahora bien, en el segundo aparte del artículo citado se dispone que: “Aun cuando con posterioridad a la promulgación de esta Ley el Ejecutivo creare o autorizare el funcionamiento de Universidades Nacionales Experimentales o de Universidades Privadas, la proporción en la representación de dichas Universidades ante el Consejo Nacional de Universidades no será alterada”. De acuerdo a esta norma, cada vez que se crea una Universidad Nacional con autonomía plena -aquella cuyas autoridades son electas por la comunidad universitaria- el número de miembros del CNU se incrementa, pero no ocurre lo mismo cuando se aumenta la cantidad de Universidades Nacionales Experimentales o Privadas. En estos últimos casos, la cantidad de votos que corresponde al conjunto de estas Universidades se mantiene igual, lo que significa que, en caso de creación de nuevas instituciones de esta clase, cada una de ellas tiene una fracción de voto en el CNU, la cual se hace menor en la medida en que aumenta el número de Universidades.

De esta manera, aun cuando el Ejecutivo Nacional creara numerosas Universidades Experimentales, como efectivamente lo ha hecho, nunca podría tener el control del CNU, como tampoco podrían tenerlo las Universidades Privadas, por más que éstas proliferaran en su número, lo cual efectivamente ha ocurrido.

Conforme a lo expuesto, desde 1970 una parte de la autonomía universitaria se ha transferido al CNU para que dicho órgano, en cuya integración las comunidades universitarias participan en forma protagónica, ejerza las importantes funciones que la ley le atribuye. De allí que una disminución de las competencias del CNU es una lesión a la autonomía universitaria.

Por otra parte, una de las innovaciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es la concesión de rango constitucional a la autonomía universitaria, en los siguientes términos:

El Estado reconocerá la autonomía Universitaria como principio y jerarquía que permite a los profesores, profesoras, estudiantes, egresados y egresadas de su comunidad dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación. Las universidades autónomas se darán sus normas de gobierno, funcionamiento y la administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley. Se consagra la autonomía universitaria para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión. Se establece la inviolabilidad del recinto universitario. Las universidades nacionales experimentales alcanzarán su autonomía de conformidad con la ley (art. 109, incluido entre los derechos culturales y educativos proclamados por la Constitución).

Por ello, la sanción de cualquier norma que pretenda transferir al Ejecutivo Nacional atributos que corresponden a las Universidades Autónomas o al CNU significa, al mismo tiempo, la infracción de la Ley de Universidades y de la Constitución que nos rige.

Sentado lo anterior, pasamos ahora a examinar el contenido del Decreto 3444 en su relación con la autonomía universitaria, y a estos efectos nos referiremos, en una primera parte, a la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional pueda modificar por decreto el régimen de la autonomía universitaria consagrada en la ley y, en una segunda parte, a las implicaciones de la declaratoria del CNU como servicio autónomo sin personalidad jurídica. Finalmente presentaremos las conclusiones que se derivan del análisis realizado.

II. POSIBILIDAD DE MODIFICAR POR DECRETO EL RÉGIMEN LEGAL DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

El Decreto 3444 puede ser estudiado desde el ángulo jurídico (legalidad y constitucionalidad) o desde el punto de vista de su conveniencia u oportunidad. Como ejemplo de este segundo enfoque podemos citar la opinión del profesor Manuel Mariña, para quien:

Bajo la Ley de Universidades vigente, (art.18) el sistema de educación superior se encontraba bajo la absoluta planificación, coordinación y dirección del Consejo Nacional de Universidades (CNU) y de su ente de asesoría técnica y de planificación: la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU).

Esta circunstancia venía ocasionando un perverso enfrentamiento legal que limitaba la capacidad del Ministerio de Educación Superior, para ejercer una efectiva dirección, coordinación y control del sistema de educación superior del país. Afortunadamente y hasta tanto no se apruebe una nueva Ley de Universidades, el Decreto 3444 podrá suplir las deficiencias que permitan que el viejo paradigma y sus interesados voceros continuara entorpeciendo el proceso de cambios que requiere una refundación universitaria¹.

Por nuestra parte estamos totalmente en desacuerdo con las expresiones anteriores, pero el objeto de las presentes consideraciones no es rebatirlas, sino analizar si es posible que una ley vigente, como es la Ley de Universidades, que ahora recibe además un respaldo constitucional expreso en cuanto a la autonomía universitaria, pueda ser modificada por un decreto presidencial.

A estos fines, debemos tener presente que el fundamento del Decreto aludido es el siguiente: “En ejercicio de las atribuciones que le confieren [al Presidente de la República] los numerales 11 y 20 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo previsto en los artículos 47, 58, 61, 64 y 82 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y los artículos 2°, 26 y 27 del Decreto Sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, en Consejo de Ministros”. De las normas invocadas es necesario considerar, en primer lugar, el sentido del numeral 20 del artículo 236 de la Ley Fundamental, en cuanto a la potestad organizatoria del Ejecutivo y, posteriormente, el numeral 11 del mismo artículo en lo que concierne al significado de un servicio autónomo sin personalidad jurídica. En segundo lugar, en cuanto a las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública, si bien las mismas reiteran la facultad del Ejecutivo Nacional para crear ministerios y fijarles las competencias respectivas, tal facultad la debe ejercer dentro del marco constitucional, que no permite que las leyes se deroguen o modifiquen por actos administrativos. Con respecto a la ley que venimos de citar, no nos referiremos a las regulaciones contenidas en sus artículos 136 y 137, en los que se establece -bajo sanción de nulidad absoluta- la obligación de consultar a las comunidades organizadas y organizaciones no estatales, sobre las normas que se tenga proyectado discutir, procedimiento éste que se omitió en la aprobación del Decreto 3444. Por último, el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central es de rango sublegal, de modo que no puede servir de fundamento para la modificación de leyes.

En esta parte nos proponemos analizar el régimen general de creación de despachos ministeriales y de asignación de sus competencias en nuestro ordenamiento jurídico (I), para luego considerar el caso particular del Ministerio de Educación Superior (II).

1. La creación de despachos ministeriales y la asignación de competencias

La vigencia de la Constitución de 1999 introdujo en nuestro país, entre otros aspectos, una modificación en cuanto a la potestad para crear y organizar despachos ministeriales, la cual se ha trasladado del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, no obstante que se mantienen vigentes los principios de libertad y de legalidad, conforme a los cuales los particulares pueden hacer todo lo que la ley no prohíba, mientras los órganos públicos sólo pueden actuar en el marco de las competencias que le determina la ley.

1 www.saber.ula.ve/mundouniversitario/archivospdfs/num16_marzo2005/el_decreto_3444.pdf

A. Las potestades organizatorias del Ejecutivo Nacional

En Venezuela el Poder Ejecutivo siempre ha tenido importantes facultades en lo referente a la organización de los servicios públicos, pero tales competencias deben ser ejercidas de conformidad con la ley. Así, bajo el imperio de la Constitución de 1961 se disponía que “La Ley Orgánica determinará el número y organización de los Ministerios y sus respectivas competencias, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros” (art. 193). Del mismo modo la creación de institutos autónomos estaba sujeta a la ley (art. 230), todo ello en virtud de que en la misma Constitución se consagraba el principio de la legalidad en los siguientes términos: “La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio” (art. 117).

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se amplían las potestades organizatorias del Ejecutivo Nacional cuando se incluye una disposición -sin precedente en Constituciones anteriores-, según la cual corresponde al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, “Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica” (art. 236, numeral 20). La ley orgánica antes aludida, que establece los principios y lineamientos de la organización y funcionamiento citados, es la Ley Orgánica de la Administración Pública, del 18 de septiembre de 2001, en cuyo artículo 58 se dispone:

El Presidente o Presidenta de la República, mediante decreto, fijará el número, denominación, competencias y organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional, con base en parámetros de adaptabilidad de las estructuras administrativas a las políticas públicas que desarrolla el Poder Ejecutivo Nacional y en los principios de organización y funcionamiento establecidos en la presente Ley.

El reglamento respectivo determinará el órgano que velará por la consistencia técnica de la organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional.

Cabe entonces interrogarse sobre el sentido y la extensión de la nueva facultad presidencial de fijar el número, la organización y la competencia de los ministerios, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 20 del artículo 236 de la Constitución, sobre todo en cuanto a la armonización de la facultad mencionada con lo previsto en el artículo 137 de la misma Constitución, según el cual: “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”. En otras palabras, por una parte, la Constitución dice que corresponde al Presidente de la República fijar el número y la competencia de los ministerios y por la otra prescribe que las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público (entre ellos los ministerios) deben ser definidas por la Constitución o la ley, de lo que resultaría una contradicción en el texto constitucional.

Como antecedente en esta materia debemos señalar el siguiente: bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia había establecido la distinción entre las normas organizativas que atribuyen competencias formales y las normas que asignan competencias materiales. En efecto, en sentencia del 7 de julio de 1981, nuestro Máximo Tribunal sentó los siguientes criterios con relación a las competencias incluidas en el Estatuto Orgánico de Ministerios:

[...]el “objeto” de aquel Estatuto Orgánico, como el de esta Ley Orgánica [de la Administración Central], es la “organización” de la administración central del Estado, a través de los Ministerios y demás órganos que la integran, para lo cual se atribuye, a cada uno de esos Despachos, la gestión de determinadas materias, es decir, un sector de la múltiple actividad estatal. De modo que las normas de aquellos textos son meramente distributivas y especificativas de la competencia administrativa del Estado; esto es, que si al Ministerio de Energía y Minas se atribuye la gestión de la “minería”, tal atribución de competencia debe entenderse por oposición a la atribuida a los demás Ministerios, a los cuales se la excluye. En otras palabras, esas normas organizativas sólo atribuyen competencias formales a los diversos Despachos, y no competencias materiales; pues estas provienen de los ordenamientos reguladores de los diferentes asuntos encomendados por la norma organizativa a cada uno de aquellos Despachos. Considerar lo contrario es un error común en la Administración Pública Venezolana.

Por tanto, cuando el artículo 30 del Estatuto Orgánico de Ministerios atribuía al Ministerio de Minas e Hidrocarburos “todo lo referente a la intervención, inspección, fiscalización y fomento de la minería”, sólo estaba determinando o especificando los asuntos que a dicho Despacho correspondían en la organización estatal; no atribuyéndole una competencia material general y abstracta, por así decirlo, en el sentido de que el Ministerio pudiera gestionar aquellos asuntos según su leal saber y entender; la gestión de esos asuntos continuaba y continúa realizándose de acuerdo con los ordenamientos jurídicos reguladores de cada uno de ellos.

En consecuencia, la Sala considera que la disposición legal comentada no atribuía competencia alguna a aquel Ministerio para regular la explotación de las materias a que se refiere el artículo 7° de la Ley de Minas. Así se declara.²

Bajo la Constitución que nos rige se suprime el requisito de que el número y la competencia de los ministerios deben estar determinados en la ley, pues tal atribución se asigna al Presidente de la República, en Consejo de Ministros. De esa forma, la potestad organizatoria se traslada, en cuanto a la definición del esquema ministerial (más no, por ejemplo, en cuanto a la creación de institutos autónomos, que permanece reservada a la ley), del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo. Pero ello no significa que el ejercicio de esta potestad faculte al Presidente de la República a atribuir a los despachos ministeriales competencias que no están consagradas o que no tengan su fundamento en leyes preexistentes, porque las normas que dicte el Presidente de la República tienen, como antes el Estatuto Orgánico de Ministerios o la Ley Orgánica de la Administración Central que lo sustituyó, un carácter formal y no material. De manera que al distribuir la competencia entre los despachos ministeriales, no puede el Presidente autorizarlos a actuar a su leal saber y entender, con prescindencia de las normas que atribuyen las competencias materiales. Si el Estatuto Orgánico a que nos referimos no podía atribuir a los ministerios competencias sustantivas, mucho menos lo puede hacer un decreto presidencial, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque según la misma Constitución sólo la Constitución y las leyes pueden definir las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público (art. 137). Si el Presidente de la República pudiera *definir* competencias de los entes públicos el artículo citado de la Constitución quedaría derogado, carecería de fuerza vinculante. Pero el presidente sólo puede *fijar* en los ministerios competencias que hayan sido definidas en la Constitución o en la ley y puede también ampliarlas o desarrollarlas, con sujeción a los principios contenidos en las leyes, sin alterar el espíritu, propósito o razón de éstas, y en ningún caso está facultado para contrariar las previsiones del ordenamiento legal.

2 Véase la *Revista de Derecho Público*, n° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Oct.-Dic.1981, pp. 95 y 97.

En segundo lugar, si se admitiera que el Presidente de la República pudiera atribuir nuevas competencias a los entes públicos, incluso con efecto derogatorio con relación a lo dispuesto en las leyes, se le estarían reconociendo poderes de legislar que no están previstos en la Constitución. En efecto, al asignar al Presidente la facultad de fijar el número y la competencia de los ministerios, en ningún momento ha estado en el espíritu del Constituyente ni en la letra de la Carta Fundamental, la posibilidad de crear una nueva categoría de decretos leyes, que se dictarían sin sujetarse a lo dispuesto en leyes habilitantes, porque con ello se terminaría el principio de la separación de poderes “Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias” que se proclama en el artículo 136 de la Constitución. En definitiva, el decreto mediante el cual el Presidente fija las competencias de los Ministerios es un acto administrativo y como tal está subordinado a la ley.

En tercer lugar, de admitirse la posibilidad de que el Presidente creara competencias para ser puestas a cargo de los ministerios, desvinculadas de las previsiones legales, se derrumbaría la construcción del Estado de Derecho, fundamento de nuestro ordenamiento constitucional. En efecto, desde el momento en que surge la figura del Estado de Derecho, en los países dotados de constituciones escritas se distingue entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución. En la primera se proclaman los derechos de los ciudadanos, en la segunda se determinan las competencias básicas de los órganos que ejercen el Poder Público, las cuales se desarrollan en la ley. Pero entre ambas partes existe una relación esencial: si la atribución de las competencias se desvincula de la ley y si el Poder Ejecutivo puede atribuirse a sí mismo competencias que no han sido sancionadas por el Poder Legislativo, la declaración de derechos y garantías carece de sentido, porque el ámbito propio de los ciudadanos podría ser invadido por los órganos ejecutores, con fundamento en facultades que esos mismos órganos se han atribuido. El propósito de destruir el Estado de Derecho, por supuesto, no fue la orientación que prevaleció en la Asamblea Nacional Constituyente al momento de elaborar la Ley Fundamental que nos rige. Antes por el contrario, cuando se definen las competencias del Poder Público Nacional se determina un ámbito de legislación reservado a éste, en el cual se incluye “la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales (...) la [legislación] de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado...” (art. 156, numeral 32). Con estas normas se ratifica que tanto la reglamentación de las garantías constitucionales como la determinación de las competencias materiales de los entes públicos están reservadas a la ley.

Por otra parte, en el Título IV de la Constitución, Del Poder Público, se reiteran los principios expuestos con especial referencia a la Administración Pública, cuando se proclama que:

La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, *con sometimiento pleno a la ley y al derecho* (art. 141, resaltado nuestro).

Sentado lo anterior, parece necesario indagar sobre el origen de la norma constitucional que faculta al Presidente de la República para fijar el número de ministerios y su competencia. En la Ley Orgánica de la Administración Central se habían establecido los diferentes sectores de actividad que correspondían a cada ministerio, a la cabeza de los cuales se había decidido colocar un Viceministro, que sustituía la figura del Director General Sectorial. En diversas ocasiones, a los gobiernos de turno les había parecido

conveniente reacomodar los sectores de actividad pública, por ejemplo, sustrayendo el sector turismo del Ministerio de Fomento para unirlo con la actividad de información y así, mediante una reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central, conformar un nuevo Ministerio, el de Información y Turismo, el cual por cierto tuvo escasa duración. Cuando accedió al poder el comandante (r) Chávez Frías, se consideró que era una buena idea crear un Ministerio de la Producción y el Comercio, mediante la fusión de los Ministerios de Agricultura y Cría y de Industria y Comercio, y a esos fines se promovió y obtuvo la correspondiente autorización mediante ley habilitante, con fundamento en la cual se dictó en el Decreto con rango y fuerza de ley del 18 de agosto de 1999, por el cual se reformó la Ley Orgánica de la Administración Central. En la Exposición de Motivos de este Decreto Ley el Ejecutivo Nacional expresó que:

[...] la vigente Ley Orgánica de la Administración Central, conforme al artículo 193 de la Constitución, determina el número y organización de los Ministerios y su respectiva competencia, restándole discrecionalidad al Ejecutivo Nacional para efectuar 'los arreglos' necesarios al aparato a través del cual gobierna y administra.

Al poco tiempo se constató que esa reforma era inconveniente, pero para revertir la situación al estado anterior era necesaria una nueva modificación de la Ley Orgánica de la Administración Central. En ese momento se estaba discutiendo el proyecto de la nueva Constitución y salió a relucir un estudio de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), en el sentido de que era admisible que cada gestión de gobierno tuviera el esquema de organización ministerial que considerara conveniente, mediante la posibilidad de efectuar diferentes combinaciones de los sectores de actividad administrativa previamente definidos en la ley. Este criterio tenía el inconveniente de que la Constitución entonces vigente exigía que el número y las competencias de los ministerios estuvieran determinados por la ley. Por ello, en la nueva Constitución se removió tal obstáculo, al permitirse que el esquema ministerial pudiera ser fijado por decreto y ello podía hacerse sin infringir el principio de que la Constitución y las leyes definen las atribuciones de los órganos del Poder Público, dado que el decreto presidencial sólo atribuye a los despachos ministeriales competencias formales, las que deben tener su soporte en leyes materiales o sustantivas, como es la Ley de Universidades, en el caso que estudiamos. En realidad, fue el criterio sustentado en la sentencia de la Sala Político Administrativa del 7 de julio de 1981, a que antes nos referimos -el cual no ha sido modificado-, el que permitió que se trasladara al Poder Ejecutivo la potestad organizatoria de los ministerios, pues se entendió que en ningún caso las competencias asignadas por decreto a los despachos ministeriales pueden exceder la letra ni el propósito de lo dispuesto en leyes materiales ni tienen fuerza derogatoria frente a éstas. En efecto, la finalidad del traslado de la potestad organizatoria fue la de facilitarle al Ejecutivo la modificación de las estructuras ministeriales, mas no de permitirle que pudiera autoatribuirse competencias sin límite alguno. Con fundamento en la nueva disposición constitucional, el Ejecutivo Nacional ha segregado, del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, el Ministerio de Educación Superior y el Ministerio de Cultura, pero la suma de todas las competencias que corresponden a los nuevos despachos no puede exceder de la que tenía el ministerio original, salvo que se modifiquen las leyes sustantivas atributivas de competencias.

La nueva facultad, por otra parte, permite que donde la Ley de Universidades dice que el Ministro de Educación preside el Consejo Nacional de Universidades, pueda el Ejecutivo Nacional establecer que tal función corresponde al Ministro de Educación Superior, mas no incrementar las potestades de este Despacho con relación a las del ministerio del cual se desprendió.

Conforme a lo expuesto, no hay contradicción entre la disposición que faculta al Presidente de la República para fijar las competencias de los ministerios y la norma según la cual la Constitución y la ley determinan las atribuciones de los órganos del Poder Público, porque la primera se refiere a las competencias formales, que se expresan en actos de naturaleza administrativa, mientras que la segunda alude a las competencias materiales, consagradas mediante actos de rango legal, y porque en caso de diferencias entre ambos tipos de competencia, las segundas prevalecen sobre las primeras.

Pero además, la facultad del Poder Ejecutivo para dictar normas organizativas de tipo formal no puede ser usada para incrementar las facultades de un despacho ministerial en infracción a lo dispuesto en la ley, porque se configuraría el vicio de desviación de poder, expresamente previsto en el artículo 259 de la Constitución como causal de nulidad de los actos administrativos.

B. La naturaleza y jerarquía de los decretos orgánicos de los ministerios

Con fundamento en la disposición constitucional que faculta al Presidente de la República para fijar el número, organización y competencia de los ministerios y en lo pautado en la norma de la Ley Orgánica de la Administración Pública que desarrolla esa facultad, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, ha dictado sucesivamente actos denominados “Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central”, cuya última versión había sido publicada por error del ente emisor en la *Gaceta Oficial* N° 3.416, del 20 de enero de 2005 y luego reformada mediante Decreto N° 3.464, del 9 de febrero de 2005 (*G.O.* N° 30.124 del 10-02-05), para incluir en este último decreto el nuevo Ministerio de la Cultura y sus competencias, las cuales se desgajan de las del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes. En estos Decretos se establecen regulaciones sobre la Presidencia de la República y sobre la Vicepresidencia Ejecutiva de la República, se enumeran los ministerios y se expresa para cada uno sus competencias generales, se definen o redefinen los entes adscritos a cada despacho y se incluyen disposiciones varias sobre la materia de que trata el decreto.

Por otra parte, en la Ley Orgánica de la Administración Pública, siguiendo la orientación de la derogada Ley Orgánica de la Administración Central, se consagra que “Las competencias específicas y las actividades particulares de cada ministerio serán las establecidas en el reglamento orgánico respectivo” (art. 60) y que “El reglamento orgánico de cada Ministerio determinará el número y competencia de los viceministros o viceministras de acuerdo con los sectores que deba atender...” (art. 64). De allí que en el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central vigente se dispone en el Capítulo V, De la Organización Interna de los Ministerios, que “Cada Ministerio está integrado por el Despacho de los Ministros y los Despachos de los Vice Ministros. El Despacho del Ministro contará con la Dirección del Despacho y las dependencias y funcionarios necesarios para el cumplimiento de sus fines, según se determine en el correspondiente Reglamento Orgánico” (art. 27) y que “Los Reglamentos Orgánicos determinarán la estructura y las funciones de los Vice Ministros y de las demás dependencias que integran cada Ministerio” (art. 28).

En fecha 3 de abril de 2002 fue publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.415 el Reglamento Orgánico del Ministerio de Educación Superior, el cual fue modificado por el Decreto N° 3.444, del 24-01-2005, publicado en la *Gaceta Oficial* N° Extraordinario 5.758, del 27-01-05, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Reglamento Orgá-

nico del Ministerio de Educación Superior, objeto de las presentes consideraciones. En dicho Reglamento se expresa que “El Reglamento Interno del Ministerio de Educación Superior será dictado mediante Resolución del Ministro, y en él se determinarán la organización y funciones de las demás dependencias de ese Despacho Ministerial” (art. 28).

Conforme a lo expuesto debemos señalar que existe una jerarquía normativa en cuanto a la organización de los ministerios, la cual se configura en orden descendente así: en primer lugar la Constitución, en segundo lugar la Ley Orgánica de la Administración Pública, en tercer lugar el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, en cuarto lugar el Reglamento Orgánico de cada ministerio y en quinto lugar, el Reglamento Interno de cada ministerio. Con respecto a los actos del Poder Ejecutivo antes enunciados debemos precisar el papel que le corresponde a cada uno de ellos.

En el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, que dicta el Presidente de la República en Consejo de Ministros, se fija el número de los ministerios y se determina, para cada uno de ellos, sus competencias básicas (de carácter formal, como antes indicamos).

En el Reglamento Orgánico de cada ministerio, que dicta igualmente el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, se distribuyen las competencias básicas entre el ministro y las dependencias adscritas a su despacho, por una parte, y entre los viceministros y las direcciones generales dependientes de ellos, por la otra. En esta distribución se asignan a las dependencias mencionadas “las competencias específicas y las actividades particulares de cada ministerio” (art. 61 de la Ley Orgánica de la Administración Central), por lo cual, lógicamente, éstas no pueden exceder ni estar en contradicción con las competencias básicas que corresponden al ministerio en su conjunto, tal como fueron definidas en el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central.

En el Reglamento Interno del Ministerio, que debe dictar cada ministro con relación a su Despacho, se determina la organización y funciones de las dependencias de menor jerarquía, sin exceder ni contradecir las competencias que corresponden al ámbito de los viceministros a que pertenecen, o al Despacho del Ministro, si dependen de éste.

Conforme a lo expuesto, el Reglamento Orgánico del Ministerio de Educación Superior es un acto jurídico de cuarto nivel con relación al ordenamiento jurídico en su conjunto y de segundo nivel con relación a los actos que puede dictar el Ejecutivo Nacional. Por lo tanto, ese acto está sometido en orden ascendente a lo dispuesto en el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, en la legislación (Ley Orgánica de la Administración Pública y en las leyes o decretos leyes que definen las competencias materiales de los ministerios) y en la Constitución.

2. En particular, el régimen de competencias del Ministerio de Educación Superior

De acuerdo con lo antes señalado, las competencias formales del Ministerio de Educación Superior están definidas en el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central (art. 14) y en el Reglamento Orgánico del Ministerio de Educación Superior, en este último en cuanto a la distribución de competencias entre las dependencias superiores del ministerio, de conformidad con las previsiones del decreto antes citado. Por tal razón es necesario referirse separadamente a ambos actos administrativos.

A. Las competencias del Ministerio de Educación Superior en el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central

En el artículo 14 del Decreto que venimos de mencionar se fijan las competencias del Ministerio de Educación Superior. En algunos casos, dependiendo de la manera como se interpreten, las normas que allí se incluyen pueden o no configurar infracciones al ordenamiento jurídico, mientras que en otro caso se observa la pretensión del órgano ejecutivo de asumir competencias del Consejo Nacional de Universidades, tal como se examina seguidamente:

a) En la norma que consideramos se hace referencia al sistema de educación superior (numerales 1, 3 y 6), sin que en ninguna parte se definan su significado y su extensión. Parece necesario que en la Ley de Educación Superior, cuyo proyecto se deberá estudiar en la Asamblea Nacional, se hagan esas precisiones y, sobre todo, se establezcan los necesarios mecanismos de coordinación entre las instituciones de educación superior para que efectivamente funcionen como integrantes de un sistema, sin que se lesione la autonomía universitaria.

Entretanto, debemos tener presente que las instituciones de educación superior tienen diferente naturaleza y gozan de diversos grados de autonomía, así:

En la vigente Ley Orgánica de Educación se definen los objetivos de la educación superior y se dispone que “Son institutos de educación superior, las universidades, los institutos universitarios pedagógicos, politécnicos- tecnológicos y colegios universitarios y los institutos de formación de oficiales de las Fuerzas Armadas; los institutos especiales de formación docente, de bellas artes y de investigación; los institutos superiores de formación de ministros del culto; y, en general, aquellos que tengan los propósitos señalados en el artículo anterior y se ajusten a los requerimientos que establezca la ley especial” (art. 28). Ahora bien, entre las instituciones antes enumeradas existen diferencias importantes de orden jurídico y administrativo, como son las siguientes:

En primer lugar, en la Constitución se establecen regulaciones especiales con relación a las universidades (art. 109), instituciones que pueden ser autónomas y experimentales. En relación con estas últimas se pauta en la norma constitucional citada que “Las universidades nacionales experimentales alcanzarán su autonomía de conformidad con la ley”.

En segundo lugar, en la Ley de Universidades se regula el *status* de las universidades nacionales autónomas, de las nacionales experimentales y de las privadas, con regímenes jurídicos diferentes. Las Universidades que disfrutan de los tributos de la autonomía plena que se expresan en el artículo 9 de dicha ley son las Universidades Autónomas. Con respecto a las Universidades Experimentales se dispone en la ley mencionada que “Estas Universidades gozarán de autonomía dentro de las condiciones especiales requeridas por la experimentación educativa” (art. 10), de modo que aún las Universidades Experimentales disfrutan de autonomía, dentro de un grado variable. Además se dispone que “El Ejecutivo Nacional, oída asimismo la opinión del Consejo Nacional de Universidades, podrá también crear o autorizar el funcionamiento de institutos o colegios universitarios, cuyo régimen será establecido en el reglamento que al efecto dicte, y los cuales no tendrán representantes en el Consejo Nacional de Universidades” (Parágrafo Único del artículo 10).

Conforme a lo expuesto, parece acertado que en el numeral 1 del artículo 14 del Decreto a que nos referimos se otorgue competencia al Ministerio de Educación Superior para “La regulación, formulación y seguimiento de políticas, la planificación y realiza-

ción de actividades del Ejecutivo Nacional en materia de Educación Superior”, siempre y cuando esta atribución se entienda como referida a las actividades del Ejecutivo Nacional, del cual dependen instituciones de educación superior tales como institutos o colegios universitarios oficiales, más no a otras instituciones que gozan de autonomía o que, en todo caso, no tienen subordinación jerárquica del Ejecutivo. En igual sentido debe considerarse el numeral 4 del artículo y decreto a que nos referimos, pues cuando se alude a la función del Ministerio de Educación Superior de “Coordinar el proceso de organización del Sistema de Educación Superior”, debe entenderse que se refiere a las competencias del Ejecutivo Nacional en esta materia, en coordinación con las que pertenecen al Consejo Nacional de Universidades.

Pero si la idea es la de incluir a las Universidades en esa categoría genérica de instituciones de educación superior, para darles un tratamiento que es incompatible con la autonomía que les garantiza la Constitución y la ley, resulta evidente que tales atribuciones serían inconstitucionales e ilegales, porque el Ejecutivo Nacional no puede modificar situaciones jurídicas establecidas en la ley y mucho menos dejar sin efecto garantías que tienen rango constitucional.

b) En el numeral 4 del mismo artículo 14, *eiusdem*, se pone a cargo del Ministerio de Educación Superior el “Establecer los criterios para la creación de nuevas universidades, institutos universitarios de tecnología, colegios universitarios y politécnicos y otros entes de educación superior”. Esta atribución colide con la letra y con el espíritu de la Ley de Universidades en los siguientes aspectos:

Conforme a la Ley de Universidades “El Consejo Nacional de Universidades es el organismo encargado de asegurar el cumplimiento de la presente Ley por las Universidades, de coordinar las relaciones de ellas entre sí y con el resto del sistema educativo, de armonizar sus planes docentes, culturales y científicos y de planificar su desarrollo de acuerdo con las necesidades del país” (art. 18). De modo particular, es de la competencia del CNU “Definir la orientación y las líneas de desarrollo del sistema universitario de acuerdo con las necesidades del país, con el progreso de la educación y con el avance de los conocimientos” (art. 20, numeral 1). Para el cumplimiento de sus funciones el CNU cuenta con la Oficina de Planificación del Sector Universitario (OPSU), la cual es un magnífico ejemplo de la colaboración que debe existir entre el sistema universitario, cuya cúspide es el CNU, y los órganos del Ejecutivo Nacional responsables del sector educativo. En efecto, la OPSU está bajo la dirección de un funcionario que es designado por el Ejecutivo Nacional (art. 22), pero la Oficina tiene entre sus atribuciones la de “Servir de oficina técnica del Consejo Nacional de Universidades” (art. 22, numeral 1). De esta manera, el menoscabo de las atribuciones de la OPSU significa también una lesión a la autonomía universitaria.

Ahora bien, las pautas para la creación de nuevas Universidades -en las que se definen las líneas de desarrollo del sistema universitario-, deben ser aprobadas por el CNU, órgano al que corresponde también emitir opinión sobre los proyectos de creación de otras instituciones de educación superior, sobre la base de los proyectos que elabora la OPSU. De modo que cuando se pretende sustraer esta competencia del CNU y de la OPSU para asignársela al Ministerio de Educación Superior se infringen las disposiciones de la Ley de Universidades que hemos citado y se lesiona la autonomía universitaria, que en la Constitución vigente se configura como un derecho cultural y educativo de los ciudadanos.

B. Las competencias de las diversas dependencias del Ministerio de Educación Superior en el Reglamento Orgánico del Ministerio

Sobre este aspecto, deben distinguirse diversas situaciones que se observan en el Reglamento que examinamos.

a) En determinados artículos de este Reglamento se expresa correctamente la relación de algunas instituciones de educación superior con el Ministerio. Así, en el artículo 3° se dispone que “Corresponde a la Oficina de Administración y Servicios: 10. Coordinar, evaluar y aprobar los procesos de licitación correspondientes a la contratación para la adquisición de bienes, servicios y obras de los Institutos de Educación Superior *jerárquicamente dependientes del Ministerio*” (resaltado nuestro), y esta fórmula se repite en el numeral 10 del artículo 5°. En otros artículos se asignan competencias jerárquicas a órganos del Ministerio con relación a “dependencias y entes adscritos”, como ocurre en el numeral 5 del artículo 6° y los numerales 1, 4 y 6 del artículo 8° del Reglamento, con lo cual se evidencia la intención de excluir de esas disposiciones a las instituciones que, como las Universidades, ni son dependencias ni son entes adscritos al ministerio.

Sobre este último aspecto parece oportuno hacer una digresión sobre la naturaleza de las Universidades. Estos entes no son considerados como institutos autónomos, los cuales sólo pueden ser creados por ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 142 de la Constitución. En cambio, las Universidades Nacionales se crean por un procedimiento que incluye la opinión del Consejo Nacional de Universidades y la promulgación de un decreto presidencial. Los institutos autónomos son entes descentralizados del Poder Ejecutivo, de surgimiento relativamente reciente (el primer instituto autónomo se creó en Venezuela en 1928), mientras que las Universidades se consideran entes corporativos, ya que provienen de un *corpus* o sustrato social anterior al Estado mismo.

Por ello, las Universidades Nacionales no están adscritas a un ministerio, sino que sus relaciones con el Ejecutivo Nacional se canalizan a través del Consejo Nacional de Universidades, órgano que aun cuando está presidido por un ministro (el de Educación Superior ahora), en su integración la participación decisiva corresponde a las Universidades.

b) En algunos numerales se atribuyen potestades jerárquicas al Ministerio de Educación Superior sobre las instituciones de educación superior, sin hacer exclusión expresa de los entes dotados de autonomía, así:

En el artículo 4°, que viene de la versión anterior del Reglamento, se atribuye a la Oficina de Recursos Humanos del Ministerio, por una parte, la dirección coordinación y supervisión de todos los trámites relacionados con los ingresos, sueldos ascensos, egresos, jubilaciones y otras situaciones administrativas “del personal del Ministerio y de las Instituciones Oficiales de Educación Superior” (numeral 8), y por la otra, “Evaluar las credenciales académicas de los candidatos a autoridades de las Instituciones Oficiales de Educación Superior” (numeral 9). Ahora bien, por la naturaleza de las competencias que se fijan en los ordinales citados, resulta evidente que esta norma no tiene como destinatario a las instituciones de educación superior que gozan de autonomía.

De allí se desprende que la expresión “Instituciones Oficiales de Educación Superior”, en el contexto de este Reglamento, se refiere evidentemente a las instituciones que dependen jerárquicamente del Ministerio, de donde se desprende que, para evitar confusiones en que podrían incurrir funcionarios del Ejecutivo poco avisados, el texto de los numerales mencionados debería ser corregido a la mayor brevedad, con la finalidad de

precisar que en realidad se alude a “Institutos de Educación Superior jerárquicamente dependientes del Ministerio”, para igualar la terminología con la que se usa en los artículos 5º, numeral 10 y 6º, numeral 5.

En el mismo sentido, la atribución del Viceministro de Políticas Académicas de “Tramitar, evaluar y acreditar los proyectos de creación de programas e Instituciones de Educación Superior, así como el seguimiento y la rendición de cuentas”, que se incluye en el numeral 14 del artículo 15, *eiusdem*, se refieren obviamente a las instituciones dependientes jerárquicamente del Ministerio, porque con relación a las Universidades tal competencia pertenece al Consejo Nacional de Universidades. Incluso con relación a los institutos y colegios universitarios, la facultad para crearlos no puede ejercerla el Ejecutivo Nacional sin previamente obtener la opinión del Consejo Nacional de Universidades, a tenor de lo dispuesto en el Parágrafo Único del artículo 10 de la Ley de Universidades. Por estas razones, para evitar interpretaciones violatorias del ordenamiento jurídico, sería conveniente una expresa mención de que este ordinal se refiere a los Institutos de Educación Superior jerárquicamente dependientes del Ministerio, previo cumplimiento del procedimiento legalmente establecido.

Igual tratamiento debe darse a las atribuciones de la Dirección General de Planificación Académica y de la Dirección General de Desarrollo Académico e Institucional, ambas dependientes del Despacho del Viceministro de Políticas Académicas (artículos 19 y 20 del Reglamento) y de las Direcciones Generales de Desempeño Estudiantil y de Calidad de Vida Estudiantil, adscritas al Despacho del Viceministro de Políticas Estudiantiles (artículos 21 y 22 del Reglamento), en cuanto se refieran a la realización de actividades que puedan ser consideradas como interferencias en el funcionamiento de Universidades Autónomas.

c) En el numeral 11 del artículo 15 y en el numeral 10 del artículo 18 del Reglamento objeto de análisis se incluye una fórmula, redactada en términos idénticos, conforme a la cual se atribuye al Despacho del Viceministro de Políticas Académicas y al Despacho del Viceministro de Políticas Estudiantiles, respectivamente, la atribución de “Velar por la correcta aplicación de los actos dictados por el Consejo Nacional de Universidades en materia de su competencia”. En este texto no se consagran atribuciones de control sobre el CNU a cargo de funcionarios del Ministerio de Educación Superior, sino que se establece la debida obediencia a los actos dictados por aquel órgano colegiado, a cuyo efecto los viceministros citados deben, en su ámbito respectivo, velar por la correcta aplicación de dichos actos. En consecuencia, en este ordinal no se lesiona la autonomía universitaria.

d) En el artículo 8º del Reglamento que examinamos, referido a las atribuciones de la Oficina de Planificación, Presupuesto y Control de Gestión se incluyen tres normas que requieren comentarios separados:

En el numeral 1 se atribuye a dicha oficina la competencia para “Coordinar la formulación de los Planes Operativos Anuales del Ministerio, de sus Servicios Autónomos, de los entes adscritos y de los órganos dependientes del mismo”. Esta norma no se refiere a las Universidades Autónomas, las cuales no son dependencias del ministerio ni le están adscritas, por lo cual no hay aquí infracción a la autonomía universitaria.

En el numeral 6 se regula el control y evaluación de los planes operativos y del presupuesto ordinario y extraordinario del ministerio, de sus dependencias y de sus entes adscritos, por lo cual esta norma no tiene como destinatario a las Universidades Autónomas.

En el numeral 4 se establece la siguiente competencia para la Oficina de Planificación, Presupuesto y Control de Gestión: “Elaborar y coordinar la ejecución del presupuesto ordinario, de los créditos adicionales y de las rectificaciones presupuestarias del Ministerio y consolidar los presupuestos de *todas* las Instituciones Oficiales de Educación Superior y sus dependencias adscritas” (resaltado nuestro). Esta norma comprende dos supuestos: el primero, la ejecución del presupuesto ordinario y de otras asignaciones presupuestarias, se refiere exclusivamente al ministerio; el segundo, sobre la consolidación de los presupuestos, parecería destinarse incluso a las Universidades Autónomas desde el momento en que se alude a *todas* las instituciones oficiales de educación superior. Ello no es evidente, dado que esta denominación genérica se usa en el Reglamento para referirse a instituciones jerárquicamente dependientes del ministerio, tal como antes lo hicimos notar. No obstante, aunque se pretendiera incluir en este numeral a las Universidades Autónomas, debe tenerse presente que la consolidación de presupuestos del sector público es una operación que persigue “presentar información sobre las transacciones netas que realizará este sector con el resto de la economía”, tal como se define en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (art. 75), y sus fines son informativos y de análisis económico. Por lo tanto, esta atribución en ningún caso interfiere ni la formulación ni la ejecución de los presupuestos de las Universidades.

e) En el numeral 5 del artículo 15 del Reglamento se pone a cargo del Viceministro de Políticas Académicas la función de “Asesorar y tramitar ante el Ministro el refrendo de los títulos y notas expedidos por los institutos universitarios y politécnicos, colegios universitarios y universidades privadas, así como las reválidas, equivalencias y reconocimiento de títulos otorgados por los países firmantes de los convenios de cooperación internacional”. En esta norma, la primera parte se adecua a las facultades del Ejecutivo con respecto a las Universidades Privadas, y es la segunda parte la que amerita un comentario especial.

Conforme a la Ley de Universidades, entre las atribuciones del Consejo Nacional de Universidades está la de “Proponer al Ejecutivo Nacional los reglamentos concernientes a los exámenes de reválida de títulos y equivalencia de estudios” (art. 20, numeral 5). Además, en el numeral 12 del artículo 62 de la misma ley se incluye, entre las atribuciones de los Consejos de las Facultades, “Informar y emitir opinión acerca de los expedientes sobre reválidas de títulos, equivalencia de estudios y traslados que le proponga para su consulta el Consejo Universitario”. En la actualidad está vigente un Reglamento de Reválida de Títulos y Equivalencia de Estudios, dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros según Decreto N° 1.292, del 14 de enero de 1969 (*G.O.* N° 28.826, del 15-01-69). De acuerdo a este Reglamento, las decisiones en esta materia corresponden exclusivamente a las Universidades Nacionales Autónomas. El sistema vigente podría ser cambiado por un nuevo reglamento del Ejecutivo, pero éste no podría ser dictado sin oír previamente la opinión del Consejo Nacional de Universidades.

No obstante, se observa que la norma que examinamos se refiere exclusivamente a las reválidas, equivalencias y reconocimiento de títulos otorgados por los países firmantes de los convenios de cooperación internacional. En tal caso, si en los mencionados convenios se establece que tales atribuciones se asignan al Ministerio de Educación Superior, o al Ministerio correspondiente, debe tenerse presente que las normas de los tratados internacionales -si han sido suscritos y ratificados por la República de acuerdo al procedimiento constitucionalmente establecido- tienen una alta jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico y que sus disposiciones tienen aplicación preferente sobre la legislación interna. Por lo tanto, no constituiría infracción a la autonomía universitaria ni a

las atribuciones del Consejo Nacional de Universidades el establecimiento, en los tratados o convenios respectivos, de un régimen particular en este ámbito, diferente al consagrado en la Ley de Universidades y en el Reglamento del Ejecutivo sobre la materia. Sobre este aspecto se debería examinar en cada caso los convenios de que trate, en el entendido de que si en alguno de ellos no se hace mención expresa al régimen especial, se aplicará el previsto en la Ley de Universidades.

III. IMPLICACIONES DE LA DECLARATORIA DEL CONSEJO NACIONAL DE UNIVERSIDADES COMO SERVICIO AUTÓNOMO SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

Las consideraciones contenidas en esta segunda parte se refieren a las implicaciones jurídicas de la norma del artículo 26 del Reglamento Orgánico del Ministerio de Educación Superior, introducida por el Decreto 3444, según el cual *“El Consejo Nacional de Universidades, Servicio Autónomo sin personalidad jurídica creado mediante el Decreto N° 2.216 de fecha 12 de septiembre de 1983, dependerá jerárquicamente del Ministerio de Educación Superior”*. Para emitir opinión sobre este aspecto debemos considerar los antecedentes del caso.

1. Los antecedentes

En la Ley de Universidades actualmente vigente, del 8 de septiembre de 1970, se acordaron importantes competencias al Consejo Nacional de Universidades (CNU), pero no se consideró necesario dotar a este organismo de personalidad jurídica para el cumplimiento de sus objetivos. Como consecuencia de ello, el CNU no tenía un presupuesto propio y sus asignaciones presupuestarias no podían estar en una Universidad en particular, ni tampoco en el conjunto, porque éste carecía de personalidad jurídica. Por ello, los recursos que se le concedían se situaron en el Ministerio de Educación. La ubicación del CNU como un programa en dicho ministerio no significó que aquel organismo dependiera jerárquicamente del ministerio, como tampoco que el organismo colegiado en la actualidad dependa del Ministro de Educación Superior. Para sustentar esta afirmación debemos examinar el régimen presupuestario anterior y el actualmente vigente, así como la figura del servicio autónomo sin personalidad jurídica.

A. El régimen presupuestario

En Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, vigente desde 1918, se disponía, con relación al Presupuesto General (Presupuesto de la República, diríamos ahora), que *“El Presupuesto de Gastos se dividirá por departamentos, y se distribuirá en Capítulos, convenientemente clasificados, los cuales a su vez se subdividirán en partidas, con la correspondiente especificación de los gastos acordados a cada partida. Cada Departamento comprenderá todos los créditos de que pueda hacer uso el respectivo Ministerio, de acuerdo con los servicios que sean de su competencia”* (art. 179, Parágrafo Segundo). Conforme a esa disposición, las asignaciones presupuestarias de todos los órganos de la persona jurídica principal del Estado llamada entonces *Nación* (ahora República), debían

estar incluidas en alguno de los Departamentos, es decir, en un Ministerio. Ello trajo como resultado que en el Departamento de Relaciones Interiores se incluía el presupuesto de la Presidencia de la República, del Congreso Nacional y del Consejo Supremo Electoral, en el de Justicia el presupuesto del Poder Judicial y del Ministerio Público y en el de Hacienda el de la Contraloría General de la Nación. El ordenador de pago de cada uno de esos Departamentos era el ministro respectivo, pero a nadie se le ocurrió sostener, por ejemplo, que el Presidente de la República o el Congreso dependiera jerárquicamente del Ministro de Relaciones Interiores.

Con la promulgación de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, el 30 de julio de 1976, reformada el 30 de diciembre de 1980, se modifica el concepto anterior: se consagró que los Ministros no eran los únicos ordenadores de pagos, sino que también tenían tal carácter otros órganos como el Presidente del Congreso, el Contralor General de la República, el Presidente del Consejo Supremo Electoral, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Presidente del Consejo de la Judicatura y el Fiscal General de la República. Para administrar el presupuesto de la Presidencia de la República se creó el Ministerio de la Secretaría de la Presidencia, y a nadie se le ocurrió sostener que la Presidencia dependía de este ministerio. En el artículo 51 de la vigente Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público se determinan los actuales ordenadores de compromisos y de pagos, cuyo número se ha incrementado significativamente, pero no se incluye entre éstos al Consejo Nacional de Universidades.

Por otra parte, desde 1918 existe en Venezuela el principio de la unidad del Tesoro, conforme al cual todos los ingresos que recibe la República deben pasar al Tesoro Nacional, y el principio de la legalidad del gasto, que postula que no se hará del Tesoro gasto alguno que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto. Según el primero de estos principios, los ministerios y organismos de la Presidencia que forman el Poder Ejecutivo, las demás ramas del Poder Público (Poder Judicial y Poder Legislativo en la Constitución de 1961) y los órganos del Estado con autonomía funcional (Contraloría, Fiscalía, Consejo Supremo Electoral) no podían aplicar los ingresos que obtuvieran para el financiamiento de sus gastos, sino que debían enterarlos al Tesoro Nacional.

Para evitar la excesiva rigidez de los principios expuestos, desde 1928 se comenzaron a crear institutos autónomos, cada uno de los cuales tiene su propia personalidad jurídica y su propio presupuesto. Por ello, los institutos autónomos constituyen una excepción al principio de la unidad del Tesoro, porque que no están obligados a enterar al Tesoro Nacional los ingresos que obtienen, sino que pueden utilizarlos directamente para sus gastos.

B. La figura del servicio autónomo sin personalidad jurídica

En 1972 la Comisión de Administración Pública, organismo asesor de la Presidencia de la República, había propuesto en su Informe sobre la Reforma Administrativa, que para flexibilizar el sistema presupuestario y para evitar la proliferación de institutos autónomos se creara una nueva figura jurídica, la del patrimonio autónomo sin personalidad jurídica que cumpliera una función similar a la de las *haciendas autónomas* que existían en el derecho italiano. Esta figura consiste en lo siguiente: el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, o el legislador, puede conferir a un organismo determinado de la Administración Central la condición de servicio autónomo sin personalidad jurídica, y en virtud de ese carácter dicho organismo puede reinvertir, en el finan-

ciamiento de los servicios que presta, los ingresos que perciba, sin tener que enterarlos al Tesoro Nacional. Pero ello no significa que el organismo adquiera la personalidad jurídica, su régimen jurídico y administrativo sigue siendo el mismo que tenía antes: si era una dirección de un ministerio, continúa siéndolo, si era un organismo con autonomía funcional, conserva tal carácter. Por ello, el órgano investido con el carácter de servicio autónomo no puede ser demandado, las acciones judiciales deben intentarse contra la República, bajo cuya personalidad jurídica se acoge el organismo a que nos referimos.

En la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario de 1976 se reguló el principio de que no se puede destinar específicamente el producto de ningún ramo de ingresos con el fin de atender al pago de determinados gastos y en el artículo 15, numeral 5, se incluyó entre las excepciones a dicho principio la figura del servicio autónomo sin personalidad jurídica, la cual autoriza a determinados órganos públicos a reinvertir los ingresos que reciben por la gestión de sus servicios.³ El régimen de estos servicios fue desarrollado sucesivamente en varios reglamentos del Ejecutivo Nacional y actualmente está consagrado en la Ley Orgánica de la Administración Pública, en la siguiente forma:

Artículo 92. Con el propósito de obtener recursos propios producto de su gestión para ser afectados al financiamiento de un servicio público determinado, el Presidente o Presidenta de la República, mediante el reglamento orgánico respectivo, en Consejo de Ministros, podrá crear órganos con carácter de servicios autónomos sin personalidad jurídica, u otorgar tal carácter a órganos ya existentes en los ministerios y en las oficinas nacionales.

Sólo podrá otorgarse el carácter de servicio autónomo sin personalidad jurídica en aquellos casos de prestación de servicios a cargo del Estado que permitan, efectivamente, la captación de ingresos propios.

Los referidos servicios son órganos que dependerán jerárquicamente del ministro o ministra o del viceministro o viceministra que determine el respectivo reglamento orgánico, o del jefe de la oficina nacional de ser el caso.

Artículo 93. Los servicios autónomos sin personalidad jurídica contarán con un fondo separado, para lo cual estarán dotados de la autonomía que acuerde el reglamento orgánico que les otorgue tal carácter.

Los ingresos provenientes de la gestión de los servicios autónomos sin personalidad jurídica no forman parte del Tesoro y, en tal virtud, podrán ser afectados directamente de acuerdo con los fines para los cuales han sido creados. Tales ingresos sólo podrán ser utilizados para cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines.

Se observa, con relación a las normas anteriores, de un lado, que no excluyen la posibilidad de que por ley se creen servicios autónomos sin personalidad jurídica (como es el caso del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, SENIAT), y del otro, que los aludidos servicios no dependen solamente de los ministros o viceministros, sino también de una oficina nacional, según el caso. Pero demás, existen servicios autónomos que no responden a las características de las normas citadas de la Ley Orgánica de la Administración Central porque no dependen de la Administración Central sino de otras ramas del Poder Público. En tal sentido, en el Poder Legislativo existe el Servicio Autónomo de Información Legislativa (SAIL), dependiente de la Asamblea Nacional, y en el Poder Electoral el Servicio Autónomo de Información del Poder Electoral (SAIPE), como un órgano del Consejo Nacional Electoral.

3 Para ampliar sobre estos aspectos remito a la lectura de mi libro *Lecciones sobre Presupuesto Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 63 a 70.

Por otra parte, en el ámbito estatal son numerosos los servicios autónomos sin personalidad jurídica que se han creado y, en la recientemente promulgada Ley Orgánica del Poder Público Municipal, se incluye, entre los organismos sujetos a las disposiciones sobre la Hacienda Pública Municipal, “Los servicios autónomos sin personalidad jurídica creados por los municipios” (art. 131, numeral 3).

Conforme a lo expuesto, puede afirmarse no que todos los servicios autónomos sin personalidad jurídica dependen de los ministerios, y asimismo que la regulación de los servicios autónomos no se agota en las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Central.

2. El Consejo Nacional de Universidades como servicio autónomo

A raíz del inicio del sistema de preinscripción nacional para las Universidades, el Consejo Nacional de Universidades comenzó a imprimir unos documentos para estos fines como eran, por una parte, las planillas de preinscripción, y por la otra, unos folletos llamados “Oportunidades de Estudio en Educación Superior”. Esas planillas y esos folletos se vendían a los interesados y el CNU utilizaba los ingresos obtenidos para financiar la impresión de otros documentos de la misma naturaleza, dado que las asignaciones presupuestarias que se otorgaban al organismo siempre resultaban insuficientes.

En el año 1981, la Contraloría General de la República advirtió al CNU que estaba infringiendo normas presupuestarias, pues como carecía de personalidad jurídica, los ingresos por la venta de documentos debían ser enterados al Tesoro Nacional, y que podía luego solicitar el otorgamiento de esos recursos en el Presupuesto del año siguiente o por vía de créditos adicionales. En este aspecto los funcionarios contralores tenían razón: el presupuesto del CNU era un programa en el Ministerio de Educación, su órgano ejecutor era el Presidente del Organismo, esto es, el Ministro de Educación, y por lo tanto correspondía a este funcionario velar por la aplicación del principio de no afectación de ingresos para gastos determinados.

En el CNU se estudiaron diversas fórmulas para evitar infracciones al ordenamiento jurídico (quien suscribe era en esa época el Consultor Jurídico del CNU). En primer lugar, se consideró la posibilidad de solicitar la reforma de la Ley de Universidades para otorgar personalidad jurídica al organismo, pero se descartó esta opción, por una parte, porque ello configuraría al CNU como un instituto autónomo, es decir, rebajaría su *status* administrativo, y por la otra, por las dificultades -incluso los riesgos- que suponía en ese momento entrar en un proceso de reforma de la legislación sobre las Universidades. En segundo lugar, se analizó la conveniencia de crear una fundación de apoyo al CNU, que tuviera a su cargo la percepción de ingresos y el financiamiento de las publicaciones, pero se estimó que esa fórmula complicaría la administración y crearía una estructura paralela (la fundación) en la que prestarían servicios personas sometidas a un régimen laboral (el de la Ley del Trabajo), distinto al de los funcionarios del CNU, que se regían por la Ley de Carrera Administrativa.

En definitiva, se concluyó en que las figuras estudiadas no solo eran inconvenientes sino además innecesarias, porque existía una figura jurídica que resolvía la cuestión en forma sencilla y sin efectos colaterales, como era la atribución al CNU del carácter de servicio autónomo sin personalidad jurídica. En tal virtud, en fecha 12 de septiembre de 1983 el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, promulgó el Decreto N°

2.216, por el cual “*Se atribuye al Consejo Nacional de Universidades el carácter de servicio autónomo sin personalidad jurídica, para financiar las actividades que le corresponden en virtud de la Ley de Universidades*” (art. 1°).

El fundamento de este Decreto fue “lo establecido en el numeral 5 del artículo 15 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario”, el cual se refería a las excepciones al principio de no afectación de ingresos para gastos determinados, tal como antes expresamos. La finalidad de la figura adoptada quedó claramente establecida: “financiar las actividades que le corresponden al [CNU] en virtud de la Ley de Universidades”. En el Decreto aludido se determinan en el artículo 2 los ingresos del CNU como servicio autónomo en la siguiente forma: por una parte, “Los recursos que se le asignen en la Ley de Presupuesto” (numeral 1); por la otra:

Los recursos que resulten de los ingresos propios obtenidos por los servicios prestados, tales como:

- a) La venta de planillas y folletos relativos a la preinscripción nacional y a las oportunidades de estudio en Venezuela.
- b) La venta de planillas, folletos y monografías que sirven de apoyo al registro estudiantil del subsistema de educación superior.
- c) La venta de los materiales requeridos para la prueba de aptitud académica.
- d) La venta de otros materiales editados por el Consejo Nacional de Universidades para la orientación de los estudiantes que deseen ingresar a la educación superior (numeral 2).

Como puede verse, la decisión de invertir al CNU con el carácter de servicio autónomo sin personalidad jurídica no tuvo otra finalidad que resolver cuestiones presupuestarias relacionadas con la venta de planillas y folletos, derivadas del escaso presupuesto que se asignaba al organismo, es decir, lo que se buscaba era ampliar las posibilidades de manejo financiero de la institución.

Particular importancia tiene en este Decreto la previsión del artículo 3, conforme al cual “*La administración de estos recursos estará a cargo del Ministro de Educación, Presidente del Consejo Nacional de Universidades*”. Con relación a esta norma es necesario formular algunas consideraciones.

A partir de la Ley de Universidades de 1970, el Ministro de Educación tiene una doble dimensión como ejecutor presupuestario: de un lado, es ordenador de compromisos y de pagos de su Despacho, el Ministerio de Educación; del otro, es ordenador de compromisos y de pagos de un organismo diferente, el Consejo Nacional de Universidades. Ello no significa que ambos organismos sean uno solo ni que uno dependa del otro, cada uno conserva su individualidad y se rige por su ordenamiento jurídico.

En la disposición antes transcrita se hace correctamente la distinción: la administración de los recursos del CNU, para financiar las actividades que le corresponden según la Ley de Universidades, está a cargo del Ministro de Educación en tanto que Presidente del CNU, mas no en su carácter de jerarca del Despacho de Educación.

Ahora bien, la ejecución del presupuesto del CNU correspondía al Ministro de Educación desde que se dictó la ley de Universidades, esto es, antes que se promulgara el decreto sobre el servicio autónomo. En efecto, siendo el CNU, desde el punto de vista presupuestario, un programa dentro del presupuesto del Ministerio de Educación, la ordenación de compromisos y de pagos con cargo a los recursos asignados al órgano universitario sólo podía ser hecho por su presidente, el Ministro de Educación. De allí que el

artículo 3 a que nos referimos significa únicamente que los ingresos propios que obtiene el CNU por la venta de planillas y folletos tienen una administración presupuestaria cuya responsabilidad corre a cargo del Ministro de Educación, en tanto que Presidente del Consejo y no en tanto que superior jerárquico del Despacho de Educación.

3. Significado del artículo 26 del reglamento orgánico del Ministerio de Educación Superior

En el artículo citado, como antes quedó expresado, se dispone que “El Consejo Nacional de Universidades Servicio Autónomo sin personalidad jurídica, creado mediante el Decreto N° 2.216 de fecha 12 de septiembre de 1983, dependerá jerárquicamente del Ministerio de Educación”. Esta disposición exige de un esfuerzo interpretativo para desentrañar su significado, como veremos seguidamente.

El Consejo Nacional de Universidades no se creó mediante el Decreto de 1983, sino mediante la Ley de Universidades de 1970. Por ello, de la redacción de esta norma se desprende que lo que se hace depender jerárquicamente del Ministerio de Educación Superior no es el Consejo Nacional de Universidades, órgano creado por aquella Ley, sino la condición de servicio autónomo que le fue atribuido a dicho órgano por el Decreto N° 2.216, de septiembre de 1983. En este sentido, el artículo 26 a que nos referimos es innecesario, porque anteriormente el órgano ejecutor del servicio autónomo era el Ministro de Educación y ahora es el Ministro de Educación Superior, de modo que el servicio autónomo, en cuanto tal, siempre ha dependido del ministro del ramo, lo cual no significa que se adscriban a ese funcionario, ni al despacho a su cargo, las competencias académicas o de otra naturaleza que la Ley de Universidades atribuye al CNU. Pero el Ministro de Educación Superior, que es el ejecutor presupuestario del servicio autónomo, no puede depender jerárquicamente de sí mismo, por lo que concluimos que lo que quiso decir el Reglamento Orgánico en este aspecto es que el órgano ejecutor del presupuesto del servicio autónomo no es más el Ministro de Educación, ni el Ministro de Educación, Cultura y Deportes, sino el Ministro de Educación Superior. En este caso, la redacción adecuada es la siguiente: “Las atribuciones que según el Decreto N° 2.216, del 12 de septiembre de 1983, corresponden al Ministro de Educación, referidas a la administración de los recursos del Consejo Nacional de Universidades en su condición de servicio autónomo, serán ejercidas por el Ministro de Educación Superior”.

A pesar de lo antes expuesto, algunas personas consideran que lo que se pretende con el artículo 26 del Reglamento Orgánico del Ministerio de Educación Superior es suprimir la autonomía del Consejo Nacional de Universidades y convertirlo en una simple dependencia de dicho Ministerio. Si esa fuera la intención, no estuvo correctamente expresada, pero además, esa intención nunca podría estar correctamente expresada en un decreto, por las siguientes razones:

Antes expusimos que el Presidente de la República no puede modificar el ordenamiento legal, excepto cuando lo hace en ejercicio de poderes de legislar, conferidos por ley habilitante emanada de la Asamblea Nacional. Pero además, que el Consejo Nacional de Universidades ejerce funciones propias de la autonomía universitaria, de modo que ni por ley ni por decreto pueden restringirse o suprimirse atributos de la autonomía universitaria, la cual ha adquirido rango constitucional con la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por lo tanto, mediante un acto administrativo como es el Reglamento Orgánico que examinamos, no puede privarse al Consejo Nacio-

nal de Universidades de su *status* de autonomía funcional. La circunstancia de que el Ministro de Educación Superior sea, al mismo tiempo, supremo jerarca de ese Despacho, Presidente del Consejo Nacional de Universidades y ejecutor presupuestario de este organismo, no podría en modo alguno servir de fundamento a una supuesta pretensión de aquel funcionario de ejercer potestades jerárquicas sobre el CNU, y a tal efecto se observa:

En nuestro ordenamiento presupuestario un mismo funcionario puede ser ejecutor de presupuestos distintos, correspondientes a diferentes organismos. En el artículo 51 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público se enumeran los diferentes funcionarios que son ordenadores de compromisos y de pagos “en cuanto al presupuesto de cada uno de los entes u organismos que dirigen”, y entre éstos se menciona al Presidente del Consejo Moral Republicano y a las máximas autoridades de cada uno de los organismos que integran el Poder Ciudadano: el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor del Pueblo. Pues bien, cada uno de estos funcionarios ejerce, por períodos de un año, la Presidencia del Consejo Moral Republicano (art. 273 de la Constitución), y así por ejemplo, el Fiscal General de la República puede tener en un año la condición de titular del Ministerio Público y de Presidente del Consejo Moral Republicano. En tal virtud, será el responsable de la ejecución presupuestaria de ambos organismos, pero ello no significa que uno dependa de otro. Del mismo modo, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia es al mismo tiempo el Presidente de una de las Salas y como tal administra ambos presupuestos, pero cada órgano conserva su autonomía.

Conforme a lo expuesto, es imposible que del ejercicio de facultades presupuestarias pueda deducirse la subordinación de un organismo con respecto a otro, en los supuestos en que la titularidad en ambos casos recaiga sobre la misma persona. Esa imposibilidad es tanto más evidente cuando se trata de organismos que tienen una naturaleza jurídica y administrativa diferente, como son los que examinamos en este estudio.

En efecto, el Ministerio de Educación Superior, como todos los ministerios, es una organización burocrática, configurada internamente por relaciones de supra y subordinación, conforme a las cuales el titular superior (el ministro) ejerce la potestad jerárquica sobre los demás funcionarios del organismo, lo que significa entre otras cosas que puede darles instrucciones, puede determinar la interpretación del derecho que considere conveniente, puede revocar las decisiones de aquellos, puede avocarse al conocimiento de los asuntos que les compete, puede remover a los funcionarios de libre nombramiento y remoción y puede imponer a los subordinados las sanciones disciplinarias contempladas en la ley, incluso la de destitución.

El Consejo Nacional de Universidades, en cambio, es una organización democrática, como lo es la Asamblea Nacional o el Tribunal Supremo de Justicia y las Salas que lo integran y como lo son también los Consejos Universitarios, los de Facultad o los de Escuela, en las Universidades Nacionales, y los demás organismos deliberantes del sector público. En las organizaciones democráticas el Presidente es un coordinador, a veces un director de debates, siempre un *primus inter pares*, cuyo voto, en principio, vale tanto como el de las demás personas que integran el organismo deliberante. Decimos *en principio* porque a veces se le asigna al Presidente de la organización democrática un voto dirimente en caso de empate y, además, porque en casos excepcionales como el del CNU, algunos Rectores universitarios (los de Universidades Experimentales y Privadas) tienen una fracción de voto, que es una modalidad adoptada por el legislador para garantizar la autonomía de la institución frente al Poder Ejecutivo, tal como lo desarrollamos anteriormente.

Ahora bien, la Ley de Universidades pone a cargo del Consejo Nacional de Universidades un conjunto de funciones que, de estar atribuidas a un ministerio, sería imposible la existencia de la autonomía universitaria. Por ello, la misma ley confiere al CNU no solamente una integración plural para que en su seno estén representadas las instituciones destinatarias de sus decisiones, sino que lo dota de la autonomía necesaria para el cumplimiento de sus atribuciones, tal como lo ha establecido claramente la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en su sentencia del 28 de noviembre de 2000, según la cual:

El Consejo Nacional de Universidades, forma parte de las figuras subjetivas, no dotadas de personalidad jurídica, que ejercen funciones de coordinación y planificación de la educación superior, estando constituida en su seno interno por representantes de los distintos sectores sobre los cuales recae su ámbito de acción y surge como una de las respuestas a la diversificación y proliferación de las funciones que la Administración asume.

Así, precisa esta Corte que el Consejo Nacional de Universidades de acuerdo a la Ley de Universidades vigente, es un órgano colegiado y deliberante, encargado de coordinar las relaciones de las Universidades entre sí y con el resto del sistema educativo, de armonizar los planes docentes, culturales y científicos de las Universidades y planificar el desarrollo de acuerdo con las necesidades del país (art. 18 de la Ley de Universidades). (*omissis*).

De lo anterior, se desprende la caracterización del Consejo Nacional de Universidades como un órgano administrativo de compleja integración que armoniza y planifica al sector educativo universitario, coordinando tales funciones con el resto del sistema educativo. De tal forma que dentro de los principios de organización administrativa no responde este órgano al de jerarquía, principio que descansa en el principio de autoridad como una relación interorgánica determinada por la subordinación de un órgano a otro.

De ahí que la figura de coordinación, propia para caracterizar al Consejo Nacional de Universidades, está determinada por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque la clásica administración piramidal que se yergue sobre las bases de la jerarquía es sustituida por formas de organización menos rígidas; y en segundo lugar por el hecho de que la Administración requiere de nuevas tareas caracterizadas en general, por su especialización, lo que hace surgir consecuentemente, órganos especializados que escapan por ello a la noción de jerarquía, y se asimilan a la del control de tutela, como mecanismo para preservar la necesaria supervisión del Estado, de lo que en definitiva siguen siendo potestades públicas aunque no exclusivas ni excluyentes.⁴

Esa relación de coordinación, y no de subordinación que existe entre el despacho ministerial y el Consejo Nacional de Universidades, que está consagrada en la Ley de Universidades, no puede ser modificada por el Poder Ejecutivo. En efecto, no existe ningún fundamento constitucional o legal para que el Presidente de la República pueda, en Consejo de Ministros, convertir al Ministerio de Educación Superior en superior jerárquico del Consejo Nacional de Universidades (en realidad el superior jerárquico no es un Despacho sino un funcionario, contrariamente lo que se expresa en el Reglamento Orgánico), y una disposición reglamentaria, de orden presupuestario, dictada para permitir la utilización de recursos provenientes de la venta de planillas y folletos, no puede servir de basamento para una decisión de modificar el orden de las competencias y la naturaleza de una institución establecidos en la ley. Una pretensión en tal sentido implicaría una violación de la Ley de Universidades, que consagra la estructura y la competencia de dicho organismo, y de la Constitución misma, en la medida en que el CNU forma parte del sistema universitario y ejerce atributos propios de la autonomía universitaria, la cual es garantizada por la Constitución en su artículo 109 como un derecho cultural y educativo de los ciudadanos.

⁴ Véase la *Revista de Derecho Público* n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Oct.-Dic., 2000, pp. 131 y 132.

Para descartar esa interpretación a que nos estamos refiriendo, basta plantearse lo que significaría que, efectivamente, por efecto del artículo 26 del Reglamento Orgánico del Ministerio de Educación Superior, el CNU dependiera jerárquicamente de dicho Ministerio (*rectius*: del Ministro). En tal supuesto negado, el Ministro de Educación Superior daría órdenes a los Rectores de las Universidades, incluso de las Autónomas y de las Privadas, y a los representantes de los profesores, de los estudiantes y de la Asamblea Nacional. Si estas órdenes fueran desacatas, las personas mencionadas podrían ser sancionadas, incluso destituidas de los cargos. Sería el Ministro de Educación Superior quien ordenaría proponer el monto del aporte anual para las Universidades y, luego de promulgada la Ley de Presupuesto, quien ordenaría su distribución entre las Universidades Nacionales, quien decidiría el resultado de los procedimientos que pudieran acarrear la remoción de algunos de los miembros de los Consejos Universitarios y la designación de autoridades interinas de las Universidades Autónomas, en caso de falta absoluta de éstas, mientras se convoca a las correspondientes elecciones, y resolver sobre el nombramiento de los miembros de los Consejos de Apelaciones. En fin, si el CNU dependiera jerárquicamente del Ministerio (del Ministro) de Educación Superior, sería éste quien tendría la palabra final en todas las competencias que la Ley de Universidades pone a cargo de aquel organismo colegiado, el cual pasaría a ser, a lo sumo, una primera instancia de decisión, sujeta a la potestad revocatoria y al criterio último del superior jerárquico.

Por supuesto que la invocación que se hace en el Decreto 3444 del numeral 11 del artículo 236 de la Constitución, que atribuye al Presidente de la República la competencia para “Administrar la Hacienda Pública Nacional”, no puede en ninguna forma servir de fundamento a la modificación de la Ley de Universidades y a la consiguiente lesión a la autonomía universitaria garantizada por la Constitución, que resultaría si, efectivamente, en la mente del Ejecutivo Nacional hubiera estado la de colocar al Consejo Nacional de Universidades como dependencia subordinada jerárquicamente del Ministerio de Educación Superior, tal como lo asevera el profesor Manuel Mariña.

IV. CONCLUSIONES

Las consideraciones expuestas nos permiten extraer las siguientes conclusiones:

Primera: Por un acto administrativo emanado del Presidente de la República, como lo es el Decreto 3444, no puede suprimirse la autonomía que la Constitución y la Ley de Universidades otorgan al Consejo Nacional de Universidades. Ni siquiera mediante una ley puede eliminarse ni disminuirse la autonomía universitaria, porque ello significaría el desconocimiento de una norma expresa y clara de la Constitución de 1999.

En los documentos que hemos examinado, en los que se definen competencias del Ministerio de Educación Superior, como son el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central y el Reglamento Orgánico del Ministerio de Educación Superior, observamos que en algunas de sus previsiones se hace correctamente la precisión de que las atribuciones de dicho Ministerio se refieren a las instituciones de educación superior dependientes jerárquicamente del mismo.

En otras disposiciones, en cambio, se utiliza una terminología imprecisa, pues se alude a las instituciones de educación superior o al sistema de educación superior sin hacer exclusión de las Universidades, y se asignan atribuciones al Ministerio de Educación Superior que, de ser aplicables a las Universidades, configurarían una infracción a la

letra y al espíritu de la Ley de Universidades y, lo que es más grave, de la Constitución. En estos casos, debe entenderse que la exclusión de las Universidades de dichas normas es obvia, porque un Decreto o un Reglamento no pueden derogar preceptos de rango legal o constitucional,

Aún cuando la interpretación lógica de las normas puede corregir los defectos de terminología de los actos administrativos a que nos referimos, el Ejecutivo Nacional debe introducir las modificaciones del caso en los instrumentos objeto de análisis, a fin de disipar las dudas que podrían surgir sobre la inteligencia de las normas que se encuentran en esa situación.

Mención especial merece la norma incluida en el numeral 4 del artículo 14 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, en el cual se pone a cargo del Ministerio de Educación Superior la atribución de “Establecer los criterios para la creación de nuevas universidades, institutos universitarios de tecnología, colegios universitarios y politécnicos y otros entes de educación superior”. Esta disposición debería ser suprimida -o en su defecto anulada por el Tribunal Supremo de Justicia-, porque desconoce competencias que la Ley de Universidades asigna al Consejo Nacional de Universidades y a la Oficina de Planificación del Sector Universitario, o incluso podría ser modificada en el sentido de establecer la colaboración que el Ministerio debe brindar al CNU y a la OPSU en la materia a que se contrae la norma.

Segunda: El hecho de que el Consejo Nacional de Universidades haya sido investido con el carácter de servicio autónomo sin personalidad jurídica por un decreto presidencial de 1983 no puede servir de fundamento para someter al CNU a la potestad jerárquica del Ministerio de Educación Superior, en contravención a lo dispuesto en la Ley de Universidades.

El carácter de servicio autónomo que se atribuyó al Consejo Nacional de Universidades mediante Decreto N° 2.216, del 12 de septiembre de 1983, no tuvo por finalidad restringir las facultades legales y la autonomía, de dicho Consejo, sino ampliarle las posibilidades de manejo presupuestario, al permitirle reinvertir los ingresos que percibía por la venta de documentos.

Por ello, el artículo 26 del Reglamento Orgánico del Ministerio de Educación Superior, dictado mediante el Decreto N° 3.444, debe interpretarse en el sentido de que lo que se somete a la dependencia jerárquica del Ministro de Educación Superior es la administración de los ingresos del Consejo Nacional de Universidades, en su carácter de servicio autónomo, la cual estaba antes a cargo del Ministro de Educación. En efecto, es insostenible la interpretación según la cual el artículo 26 del Reglamento Orgánico del Ministerio de Educación Superior puede suprimir la autonomía funcional del Consejo Nacional de Universidades que le otorga la ley y convertir a dicha institución en una dependencia subordinada jerárquicamente del Ministerio de Educación Superior, porque ello significaría dejar sin efecto, por un acto administrativo, un conjunto de disposiciones consagradas en la Ley de Universidades y un derecho constitucional proclamado en el artículo 109 de la Ley Fundamental que nos rige.

§13. MENSAJE DE DATOS EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA VENEZOLANA Y SUS CONSECUENCIAS EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CIUDADANOS

Irmaisabel Lovera De Sola
Abogado

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República de Venezuela promulgada el 23 de Enero de 1961 (hoy derogada) consagraba tanto el Derecho al Amparo de los derechos y garantías constitucionales así como la acción que debe intentarse para lograr su protección judicial efectiva, en los siguientes términos:

Artículo 49. Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley.

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

Artículo 50: La enumeración de los derechos y garantías contenida 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.

Estas normas reflejan la evolución del derecho de amparo que la legislación venezolana ha contemplado desde la primera Constitución del país, dictada en el año 1811, año de nuestra Declaración de Independencia del Imperio Español, y también constituye la primera formulación explícita de la acción de amparo, su prioridad y brevedad por encima de cualquiera otra a gestionarse ante tribunales venezolanos.

La Constitución actualmente vigente, aprobada mediante Referéndum realizado el 15 de Diciembre de 1.999 y publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.860 de fecha 30 de Diciembre 1999, siguiendo la misma línea de la Constitución anterior y consecuente con la normativa y la experiencia de la aplicación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que había sido promulgada el 22 de Enero de 1988 publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 33.891 (de esa misma fecha), establece:

Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto [...]

Así como la Constitución es la cúspide de la legislación nacional venezolana, y en general en los países que se han acogido a sistemas constitucionales; también, la acción de amparo de derechos y garantías constitucionales, es la pretensión judicial por excelencia, la más importante de las acciones judiciales pues justamente aspira brindar tutela judicial efectiva y breve, si posible inmediata, a los derechos inherentes a la persona humana y a impedir y corregir los abusos del Poder Público frente a los derechos ciudadanos, y como tal tiene la mayor importancia y así ha venido siendo considerada tanto legal como jurisprudencialmente en Venezuela, aún antes de que fuera promulgada la Ley específica que desarrolló la acción de amparo.

Al inicio del mandato del actual Presidente Hugo Chávez, el propio gobierno impulsó el uso de las tecnologías de la información, informática, telecomunicaciones y particularmente de la Internet y dictó el Decreto N° 825 del 10 de Mayo de 2000, mediante el cual declaró como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político del país, el acceso a Internet. También creó un Ministerio de Ciencia y Tecnología para darle marco legal y administrativo a esa prioridad declarada, al cual dotó de cuantiosos recursos y comenzó la fundación de los llamados “Infocentros”, ubicados inicialmente en las sedes del Instituto Postal Telegráfico y luego en las escuelas, para dar acceso gratuito a Internet a todos los ciudadanos que lo solicitaran, bien fueran adultos o niños.

Ese entusiasmo por el uso de Internet, trascendió al ámbito privado y también los particulares extendieron de variadas formas e iniciativas, el uso de este medio de comunicación. Paralelamente se extinguió por la expiración de los 99 años por los que había sido concedido, el monopolio de la primera y hasta ese momento única compañía de telefonía fija que existía en el país (CANTV) y se promulgó una nueva Ley de Telecomunicaciones. Se comenzaron a fundar y expandir empresas de telecomunicaciones de telefonía fija, celular, rural, satelital, en fin, Venezuela en apenas dos años, entre 1998 y 2000 pasó de obsoletas comunicaciones analógicas, a estar en la vanguardia de la tecnología digital e inalámbrica de comunicaciones a la par de los países más industrializados del mundo.

Posteriormente dentro del marco de la segunda Ley Habilitante que concedió la Asamblea Nacional al Presidente de la República la facultad para legislar sobre asuntos específicamente preestablecidos, fue emitido el Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, promulgado el 10 de Febrero de 2001 y publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.148 del 22 de Febrero del mismo año, que en su Artículo 1° dice:

[...] tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la firma electrónica, al mensaje de datos y a toda la información inteligible en formato electrónico, independientemente del soporte material.

Seguidamente la misma Ley en su Artículo 4° establece:

Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.

Y el Artículo 6° complementa la disposición acerca del valor y la forma de presentar el mensaje que se quiera hacer valer como prueba en estos términos:

Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, éstas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos descritos en este Decreto-Ley.

Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, ese requisito quedará satisfecho en relación con un Mensaje de Datos al tener asociado una Firma Electrónica.

Esta legislación novedosísima que da valor probatorio pleno a los mensajes de datos, siempre que cumplan con básicos requisitos de confiabilidad, ha sido complementada en Venezuela con la Ley Especial Contra Delitos Informáticos promulgada el 6 de Septiembre de 2001 y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.313 del 30 de Octubre de 2001. En esta Ley se tipifican los delitos informáticos, y aunque a mi juicio tal delimitación es bastante vaga y se prestaría a la discrecional interpretación de los jueces que deberán aplicarla, sin embargo constituye un gran avance, contando también con las dificultades que representa la aterritorialidad de la mayor parte de este tipo de violaciones legales.

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA

Con todo este cúmulo de normativas legales, y el inicial entusiasmo por la entrada de lleno en una era de total contemporaneidad en cuanto a comunicaciones se refiere, el Tribunal Supremo de Justicia, particularmente su Sala Constitucional ha dictado sentencias que comprenden diversos aspectos relacionados con los mensajes de datos, sitios, portales o páginas web, dando diversas interpretaciones a los aspectos que en cada oportunidad se ha visto enfrentada a resolver.

Cronológicamente consideradas, la primera de esas sentencias fue dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bajo ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, en fecha 1° de Febrero de 2000 (apenas 33 días después de la entrada en vigencia de la nueva Constitución y un año antes de la promulgación de la ley de Mensaje de Datos), en una acción de amparo constitucional. En esta sentencia la Sala establece por vía de interpretación de la nueva Constitución en vigencia, un procedimiento oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidades a la Acción de Amparo de Derechos y Garantías constitucionales, y hace énfasis en que

[...] el agravante, tiene derecho a que se le oiga a fin de defenderse, lo que involucra que se le notifique efectivamente de la solicitud de amparo[...]"

En tal sentido establece que para dar inicio formal a la tramitación de dicha acción es indispensable y fundamental notificación del demandado:

[...] se ordenará la citación del presunto agravante y la notificación del Ministerio Público, para que concurren al tribunal a conocer el día en que se celebrará la audiencia oral, la cual tendrá lugar, tanto en su fijación como para su práctica, dentro de las noventa y seis (96) horas a partir de la última notificación efectuada. Para dar cumplimiento a la brevedad y falta de formalidad, la notificación podrá ser practicada mediante boleta, o comunicación telefónica, fax, telegrama, *correo electrónico* (destacado nuestro), o cualquier medio de comunicación interpersonal, bien por el órgano jurisdiccional o bien por el Alguacil del mismo, indicándose en la notificación la fecha de comparecencia del presunto agravante y dejando el Secretario del órgano jurisdiccional, en autos, constancia detallada de haberse efectuado la citación o notificación y de sus consecuencias.

Con este precedente, la Sala Constitucional, comienza a dar valor a las comunicaciones enviadas por correo electrónico, aún antes de que fuera promulgada la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, lo cual significó un buen augurio a la aceptación de los avances de las tecnologías de comunicación y particularmente las electrónicas. Debo señalar, que esta sentencia, además de contener esta importante mención a la validez de las notificaciones vía correo electrónico, ha sido crucial en Venezuela, porque prácticamente el procedimiento establecido en ella modificó el ya existente de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y ello fue posible no solamente con fundamento en la disposición constitucional ya citada sobre Amparo Constitucional, sino en otro artículo también incluido en la misma Constitución de 1999 (Artículo 335), que permite a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, interpretar y establecer el alcance del contenido de las leyes, lo cual, por otra parte, ha generado una aplicación abusiva de esta facultad que ha derivado, o mejor degenerado, en que la Sala Constitucional está “legislando” por vía de decisiones judiciales. Pero este tema debemos dejarlo pendiente para otra ocasión puesto que no es el objetivo de nuestro escrito.

La segunda sentencia de esta nueva etapa constitucional fue dictada el 23 de Agosto de 2000, por la misma Sala bajo ponencia del Dr. Jesús Eduardo Cabrera, y versa fundamentalmente sobre la acción de Amparo referida a la información que posea la Administración Pública sobre los ciudadanos, la cual se ha denominado *Habeas Data*, la cual aunque no es exclusiva del mundo de la informática, hoy día está íntimamente ligada a ella, dado que la mayor parte de la información en posesión del Estado está digitalizada o en vías de serlo.

Esta sentencia tiene la importancia de definir qué debe entenderse en Venezuela por la acción del *Habeas Data* y en qué casos la Sala Constitucional considera que debe ser intentada, tramitada y declarada con lugar y en el particular asunto contemplado en esa decisión, la acción fue desestimada.

Un grupo de personas, en su condición de ciudadanos, electores e integrantes de una asociación civil denominada Red de Veedores de la Universidad Católica Andrés Bello, acuden por vía de amparo a la Sala Constitucional para solicitar que ordene al Consejo Nacional Electoral le sean suministrados los cómputos finales mesa por mesa de las elecciones celebradas el 30 de Julio de 2000, en vista que:

[...] la información solicitada es diferente también a los símiles de Actas que puedan sacarse de las computadoras que han sido dispuestas en la Sala de Seguimiento en el Consejo Nacional Electoral...

y a pesar de haber solicitado a ese cuerpo la información, les ha sido negada. La Sala Constitucional después de divagar en varios temas ciertamente de gran interés, pero que no eran el objeto de la acción propuesta, declara la acción inadmisibile basada en tecnicismos como el hecho de haber calificado la demanda como *habeas data* en vez de amparo, porque los accionantes supuestamente no están acreditados como representantes de la sociedad civil y porque:

[...] la acción pública sería caótica, si cualquier asociación o grupo de personas arrogándose la representación de la ciudadanía o de la sociedad civil, pretendiere fuese consultada antes de la toma de cualquier decisión [...]

A pesar de que el Artículo 257 de la Constitución vigente establece que el procedimiento será el instrumento fundamental para la realización de la justicia y que “No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”, se le negó a este grupo calificado de ciudadanos, electores y observadores acreditados ante el organismo

electoral, el acceso a la información a la que en mi opinión tenían derecho a conocer. Se les negó acceso a información de carácter electoral, siendo los solicitantes electores y observadores, con lo cual el propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, violó el derecho constitucional a la información.

La siguiente sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional que trató temas relacionados con la Informática, fue el 9 de Abril de 2001, bajo ponencia del Dr. Iván Rincón Urdaneta. Esta es una decisión corta, en total tiene apenas dos páginas, pero sumamente trascendente desde el punto de vista del ejercicio de la Acción de Amparo Constitucional y por lo sucinta, vale la pena citarla textualmente:

Mediante correo electrónico dirigido en fecha 9 de julio de 2000 a la página Web de internet de este Tribunal Supremo de Justicia, el ciudadano Oswaldo Álvarez, titular de la cédula de identidad número 4.454.621, actuando en su propio nombre, ejerció acción de amparo constitucional por la omisión de pronunciamiento respecto a dos expedientes que cursan ante este Alto Tribunal, siendo el primero de ellos llevado ante la Sala Político Administrativa bajo el número 13.765 y el segundo, llevado ante la Sala Plena bajo el número 843, por la supuesta violación de su derecho de petición [...]

[...] Esta Sala por interpretación progresiva del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales admite que, dentro del medio telegráfico a que hace alusión dicho articulado, está incluido el Internet como medio posible de interposición de la petición de amparo constitucional, limitándola a casos de urgencia y a su ratificación, personal o mediante apoderado, dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción. Ello es así con el fin de no limitar el derecho al acceso a la justicia del accionante, por constituir no sólo un hecho notorio la existencia del Internet como medio novedoso y efectivo de transmisión electrónica de comunicación, sino que, además, dicho medio se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano por el reciente Decreto Ley N° 1204 sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 37.148 del 28 de febrero de 2001, en donde se le da inclusive valor probatorio a dichas transmisiones [...]

Nos parece plausible la interpretación progresiva de la Ley que hace el Tribunal Supremo en este caso, sin embargo, consideramos que fue tímida, puesto que para adecuar la jurisprudencia a la nueva legislación, la Sala Constitucional pudo haber considerado suficiente la ratificación de la solicitud de amparo, mediante correo electrónico con su correspondiente firma también electrónica debidamente certificada y este sí hubiera sido un avance verdadero en la dirección señalada por la ya entonces vigente Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas.

La misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo, bajo ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, en fecha 3 de Agosto de 2001, mediante decisión publicada en esa misma fecha, señaló cual es el valor que debe darse a la información publicada en la página de Internet de ese Tribunal (www.tsj.gov.ve). El caso es muy especial, puesto que se trata de una Acción de Amparo Constitucional interpuesta contra una sentencia del propio Tribunal Supremo en materia de Amparo.

También en este caso es pertinente la transcripción literal de parte de la decisión:

Visto que en sentencia registrada bajo el N° 478 y publicada el 06 de abril de 2001, la Sala admitió la demanda, acordó la medida cautelar que había sido solicitada y ordenó las notificaciones correspondientes para la celebración de la audiencia oral, la cual, una vez practicadas aquéllas, se fijó para el 11 de junio de 2001.

Visto que en la oportunidad fijada, una vez anunciado el acto, se constató la ausencia de la parte actora, razón por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se declaró Terminado el Procedimiento por abandono del trámite.

Visto, sin embargo, que la parte actora compareció el 13 de junio de 2001 y alegó: i) no haberse enterado de la fijación de la audiencia constitucional por tener su domicilio en San Cristóbal, Estado Táchira, desde donde revisaba su causa todos los días, desde el 28 de mayo de 2001, a través del sitio web de este Tribunal y por cuanto en dicho sitio web, ni en el espacio destinado a la información relativa a las audiencias a ser celebradas en cada Sala ni en ninguna de las cuentas de la Sala Constitucional, apareció anunciada la audiencia fijada en el presente proceso, a pesar de que por este medio había podido, hasta entonces, enterarse de las diferentes actuaciones del expediente; ii) que ante la publicación sobre la terminación del procedimiento se trasladó al Tribunal y constató en el expediente la existencia de un auto del 5 de junio de 2001 que fijó la oportunidad para la celebración de la audiencia pero que tal fijación no aparece en la cuenta de Sala n° 107 de ese día; iii) que la información publicada en el sitio web había sido, hasta entonces, “absolutamente confiable” y que a través de ella se había enterado de todas las incidencias del proceso, recogidas en las cuentas de Sala nos 180/2000, 17/2001, 69/2001, 101/2001, razón por la cual: “... era razonable de (su) parte confiar en que la fijación de la audiencia constitucional también aparecería publicada en las ‘Cuentas’...”; iv) que otras audiencias constitucionales si aparecen publicadas en las cuentas y en el cuadro de audiencias orales y que: “...las únicas audiencias que no fueron publicadas en las ‘Cuentas’ de la Sala por Internet, son las fijadas el 5 de junio de 2001, para ser realizadas el 11 de junio de 2001...”; v) que de conformidad con lo establecido en el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil -aplicable supletoriamente-, cuando la ausencia de una de las partes se debe a causas que no le son imputables puede reabrirse el lapso para efectuar el acto y que, en el presente caso, la disparidad entre el expediente y las cuentas únicamente respecto de este acto del proceso constituye una causa no imputable al demandante; y vi) que, de conformidad con el acuerdo de la Sala Plena de este Máximo Tribunal, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.172 del 03 de abril de 2001 y al artículo 4 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, dichas cuentas publicadas en Internet tienen valor probatorio; con vista a todo lo cual solicitó: “...la reposición de la causa a estado de fijar nueva oportunidad para la Audiencia Constitucional, debido a que la inasistencia del accionante fue por causa no imputable a él; que se notifique a los demás intervinientes de la nueva Audiencia Constitucional; y que no se ejecute la decisión de dar por terminado el procedimiento, mientras no se provea sobre lo que respetuosamente he solicitado.”

[...] La Sala observa:

1. Que el acuerdo de Sala Plena al que alude el apoderado del demandante, sólo es aplicable a dicha Sala y no confiere valor probatorio a la información divulgada en el sitio web del Tribunal.

2. Que revisadas como han sido las cuentas de esta Sala, tanto en original como en su publicación en el sitio web, desde el 28 de mayo de 2001 hasta el 11 de junio del mismo año, así como el expediente respectivo, se comprobó que, efectivamente, el auto del 05 de junio de 2001 en el que se fija la audiencia constitucional del caso de autos para el 11 de junio de 2001, si bien fue añadido al expediente, no aparece reflejado ni en la cuenta correspondiente ni en ninguna otra, ni apareció en el listado de las audiencias publicado en el sitio web.

De la lectura del artículo 2 de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas puede colegirse que las Cuentas de esta Sala que aparecen publicadas en el sitio www.tsj.gov.ve constituyen mensajes de datos (“Información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.” art. 2, 2° ap.) dentro de un sistema de información (“Aquel utilizado para generar, procesar o archivar de cualquier forma mensajes de datos”. art. 2, 10° ap.), y cuyo emisor es el Tribunal Supremo de Justicia, según pueden verificar los usuarios al encontrarse con la siguiente leyenda: “Sitio web diseñado y desarrollado por la Gerencia de Informática y Telecomunicaciones del Tribunal Supremo de Justicia”.

De conformidad con la antes nombrada Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, para que dichos mensajes tuvieran la misma validez de las cuentas deberían cumplir con los requisitos contemplados en el único aparte del artículo 6 y el artículo 8, requisitos que, al menos respecto de la firma electrónica, no se cumplen, por lo que no pueden “hacer fe de las menciones que contienen”.

Sin embargo, esta Sala no puede obviar que el sitio web de este Máximo Tribunal ha sido concebido como “un medio auxiliar de divulgación de su actividad judicial” (s.S.C. N° 982, 06-06-2001), cuya finalidad es permitir el acceso de todos los ciudadanos a la administración de justicia, especialmente a aquellas personas que, como el demandante, viven en el interior de la República; finalidad que expresa este Máximo Tribunal al transcribir al pie de la presentación en pantalla del sitio web el contenido del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todo lo cual permite al público inferir lícitamente que la información que contiene, si bien no merecedora de fe pública, sí es fiel reflejo de las actuaciones del Máximo Tribunal, y no hay en la página alguna advertencia que desvirtúe tal conclusión, por demás lógica por parte del público usuario.

De allí que esta Sala considere que, aun cuando las Cuentas publicadas en el sitio web, no cumplen a cabalidad con los requisitos para hacer fe de las menciones que contienen, se presentan ante el público usuario de manera tal que les hacen merecedoras de confianza y no puede este Tribunal ignorar esa situación.

Con fundamento en tales consideraciones la Sala estima que, en el caso de autos, la no concurrencia del demandante se debió a una causa que no le es imputable y así se declara. En consecuencia, de conformidad con el artículo 202 de Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento de amparo de conformidad con el artículo 48 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la Sala REVOCA POR CONTRARIO IMPERIO su decisión de declarar terminado el procedimiento y ORDENA que se proceda a fijar una nueva audiencia constitucional y que se notifique de ello a todas las partes e intervinientes en este juicio.

En este caso compartimos plenamente la decisión tomada por la Sala Constitucional, la cual es totalmente coherente con la legislación vigente y también con el resguardo pleno de los derechos ciudadanos, de tal forma que con la reposición de la causa al estado de fijar nueva oportunidad para que la parte afectada por la inexacta información extraída de la página web del Tribunal Supremo, pueda comparecer y hacer valer sus defensas y argumentos, se logran los objetivos de pleno respeto y ejercicio de los derechos ciudadanos, que es la máxima expresión del ejercicio constitucional.

Sin pretender que esta exposición sea exhaustiva, la última de las sentencias que comentaré es la dictada el 19 de Agosto de 2002, por la misma Sala Constitucional, con ponencia de su Presidente, Dr. Iván Rincón Urdaneta, en la cual se resuelve el conflicto planteado por una de las partes, quien sostuvo que la sentencia que aparecía en la página de Internet de ese Tribunal Supremo no era la misma que aparecía físicamente en el expediente que cursaba en la Sala Constitucional. Señaló la parte accionante que en el texto de la sentencia que aparecía en Internet se había cambiado parte de la motiva y dispositiva del fallo, en relación con la sentencia que aparece en el expediente. Pidió se abriera una investigación para establecer responsabilidades y sanciones para quienes según sus afirmaciones pretendían hacer fraude.

Ante tan graves asuntos planteados, la Sala Constitucional se limitó a decidir lo siguiente:

El Tribunal Supremo de Justicia, a través de su página web diseñada, por su Gerencia de Informática y Telecomunicaciones, pretende informar al público en general así como a los interesados en los juicios que ante esta instancia cursan, sobre las distintas actividades y decisiones que se producen en el ámbito judicial y en particular en esta máxima

instancia. Igualmente, tal y como lo ha señalado esta Sala Constitucional en su decisión N° 982 del 6 de junio de 2001, el sitio web in comento ha sido diseñado como “*un medio auxiliar de divulgación de su actividad judicial*”, es decir, que tiene una finalidad netamente informativa que busca simplemente divulgar su actuación sin que en forma alguna se pueda sustituir la información allí contenida con la que reposa en los expedientes.

En este sentido, la referida página web expresamente hace esta advertencia al disponer en la sección referida a los términos y condiciones que:

El Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de mejorar el servicio que presta a justiciables y a la comunidad en general, publica datos relativos a sentencias, cuentas, casos y otras actividades asociadas con su función jurisdiccional, usando para ello mecanismos telemáticos como su sitio web en Internet www.tsj.gov.ve

La veracidad y exactitud de tales datos debe ser contrastada con los originales que reposan en los archivos y demás dependencias de las Salas de éste Tribunal. Las informaciones antes mencionadas tienen un sentido complementario, meramente informativo, reservándose este alto Tribunal la potestad de modificar, corregir, enmendar o eliminar aquellas que por errores técnicos o humanos hayan sido publicadas con inexactitud.

Seguidamente la sala sentenciadora desestima la importancia del asunto e incluso califica de “infundada” la solicitud de apertura de una averiguación para el establecimiento de responsabilidades en relación con los hechos narrados.

En vista de los no infrecuentes conflictos presentados entre las actas físicas (en papel) de los expedientes y la información publicada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional ha tomado la precaución de señalar textualmente en la parte dispositiva de las sentencias que dicta, la expresión:

[...] destáquese como información en el sitio web de este Tribunal Supremo de Justicia, como medio auxiliar de divulgación de su actividad judicial.

No podemos mas que abismarnos ante tal reacción plasmada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en relación con la evidente disparidad existente entre la información aparecida en el “*medio auxiliar de información*” del TSJ (su propio portal web), y el contenido en papel que aparece en un expediente cualquiera llevado por ese mismo supremo tribunal. La propia Sala en esa misma sentencia, señala el derecho de los usuarios a pedir la constatación, verificación, contraste (sea cual fuere la palabra utilizada el sentido es el mismo) de ambas realidades, la virtual y la real, y en la misma sentencia, después de reconocer ese derecho, niega el pedimento que en ese mismo sentido hace el afectado, usuario del sistema de justicia quien ha demostrado la divergencia del contenido y ni siquiera estima pertinente abrir una averiguación al respecto. A esto hay que agregar que bien podría el órgano judicial, atribuirle unas veces veracidad a la página web y otras a las hojas de papel impreso, según sea la inconfesable conveniencia del momento.

III. CONCLUSIÓN

De la exposición de las sentencias que he citado, que son solamente algunas, aunque pretendo que las mas resaltantes por su novedad y características, se observa la evolución de la jurisprudencia venezolana en cuanto a la aplicación de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, en los casos particulares que se han presentado a la decisión de los máximos magistrados del sistema judicial venezolano.

Durante el año 2000, recién estrenada la vigencia de la nueva Constitución, se hizo un intento serio de aplicar sus preceptos respecto a los derechos ciudadanos, en particular lo relacionado con las normas que atañen tanto al Amparo Constitucional de Derechos y Garantías de la persona como a la informática, luego, esa aplicación inicial se fue relajando, por motivos indiscifrables para quienes no estén informados de los acontecimientos políticos que se han venido sucediendo en Venezuela desde el año 2000 hasta ahora, y por razones claramente detectables para nosotros que hemos sufrido esos avatares que han devenido en históricos.

En el ámbito político, desde 1999 y más claramente a partir de las elecciones que se denominaron de “*relegitimación*” del Presidente Hugo Chávez, se comenzaron a presentar indicadores preocupantes que hacían pensar que en vez de reforzarse y fortalecerse la sana independencia de los Poderes Públicos, en Venezuela se producía una involución política e institucional, que en el caso específico del Poder Judicial se reveló con la utilización de la mayoría del partido de gobierno en la Asamblea Nacional para proceder al cambio de algunos Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, y la jubilación, a veces anticipada, de otros Magistrados que habían dado señales claras de independencia de criterio frente a las conveniencias y sugerencias del Poder Ejecutivo.

El sistema judicial en general y particularmente su cúspide estructural representada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha devenido en una réplica del Poder Ejecutivo, sus decisiones no son ajustadas a Derecho, sino a los intereses casuísticos del régimen gobernante, por lo tanto, muchas de sus sentencias solamente son comprensibles si se tiene la información fidedigna de cuáles son los intereses particulares del Ejecutivo en ese caso en específico. A veces, se crean precedentes ficticios, para poder citar una decisión reciente, pero anterior a la que complacerá al régimen, con la finalidad de hacer creer que ya ha habido decisiones en el mismo sentido, cuando en realidad no es así, son antecedentes fabricados (forjados) con una finalidad específica de justificar decisiones injustificables.

El debilitamiento progresivo de la institucionalidad, el reblandecimiento de la separación de poderes, conjuntamente con los rasgos autocráticos que claramente muestra el gobierno actual, se reflejan de manera patente en la toma de decisiones sesgadas por parte del Tribunal Supremo de Justicia.

Las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en relación con el valor de la información que aparece en su página en Internet, comenzaron teniendo coherencia con la legislación que le es aplicable y con la confianza que debe inspirar cualquier información (en Internet o no) emanada de ese Tribunal Supremo, y han involucionado hasta el punto en que se ha despojado a la página web del TSJ de toda credibilidad y se ha desprovisto de toda confiabilidad a la información que puede obtenerse a través de ese sitio en Internet y también se ha arruinado la posibilidad de confiabilidad a todo el sistema informatizado que pretende instaurarse en Venezuela en el ámbito judicial.

Soy de la opinión que esta vergonzosa situación es reversible mediante el restablecimiento de la institucionalización del Estado, la autonomía de los Poderes, la depuración disciplinaria e imparcial del Poder Judicial y la adecuada aplicación del marco legal modernizador, constituido por la legislación comentada.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República de Venezuela, promulgada en 1961, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 3.357 Extraordinario de fecha 2 de Marzo de 1984.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.860 del jueves 30 de Diciembre de 1999.

Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que había sido promulgada el 22 de Enero de 1988 publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 33.891.

Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, Decreto N° 825 del 10 de Mayo de 2000, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 36.955 del 22 de Mayo de 2000.

Tribunal Supremo de Justicia - Acuerdo de la Sala Plena, publicado en la *Gaceta Oficina de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.172 de fecha 3 de Abril de 2001.

Aparece: <http://www.tsj.gov.ve/gaceta/abril/030401/030401-37172-05.html>.

Consultado: el 8 de Junio de 2004.

Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, N° 1.024 del 10 de Febrero de 2001, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.148 del 28 de Febrero de 2001.

Ley Especial contra Delitos Informáticos, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.313 del 30 de Octubre de 2001.

Jurisprudencia:

Toda la Jurisprudencia citada a continuación fue dictada en su oportunidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela y aparece publicada en la página web de dicho Tribunal Supremo bajo la responsabilidad de la Gerencia de Informática y Telecomunicaciones de ese Tribunal.

Acción de Amparo Constitucional, Sentencia de la Sala Constitucional N° 07 de fecha 2 de Febrero de 2002, donde expone criterio sobre la Notificación a la parte supuestamente agravante por vía electrónica;

-Aparece:

<http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scon/Febrero/07-010200-00-0010.htm>.

-Fue consultada el día 6 de Junio de 2004.

Acción de Amparo Constitucional o de Habeas Data, Sentencia de la Sala Constitucional N° 1050 de fecha 23 de Agosto de 2000. En ella se define lo que es la acción de Habeas Data y sus características y condiciones;

- Aparece:

<http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/consulta.asp?Sala=005&Nombre=Sala+Constitucional&Desde=8/23/2000&Hasta=8/23/2000&Fecha=23/08/2000>.

- Fue consultada el 6 de Junio de 2004.

Acción de Amparo Constitucional interpuesta por correo electrónico. Sentencia N° 523 de la Sala Constitucional de fecha 9 de Abril de 2001.

- Aparece:

<http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scon/Abril/523-090401-00-2317%20.htm>

- Fue consultada el 6 de Junio de 2004.

Sentencia de la Sala Constitucional N° 1336 de fecha 3 de Agosto de 2001, en la cual se establece el valor jurídico del contenido de la página en Internet del Tribunal Supremo de Justicia.

- Aparece:

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1336-030801-00-2723.htm>.

- Fue consultada el 6 de Junio de 2004.

Sentencia N° 982 de la Sala Constitucional de fecha 6 de Junio de 2001, en la cual se comienza a mencionar a la página web como simplemente ilustrativa y complementaria.

- Aparece:

<http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scon/Junio/982-060601-00-0562.htm>.

- Consultada el 9 de Junio de 2004.

- Sentencia N° 2023 de la Sala Constitucional de fecha 19 de Agosto de 2002, en la cual se establece el valor de las sentencias publicadas en la página de Internet del Tribunal Supremo de Justicia.

- Aparece:

<http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scon/Agosto/2031-1908-02-02-0175.htm>.

- Consultada el 6 de Junio de 2004.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución y sus Enmiendas con Estudio Preliminar e Índice Alfabético*, Colección Textos Legislativos N° 4, 3ª Edición aumentada, Editorial Jurídica Venezolana.

BREWER-CARÍAS, Allan R. y AYALA CORAO, Carlos M., *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales Introducción General y Estudio preliminar. 1.991*, Colección Textos Legislativos N° 5, Editorial Jurídica Venezolana 1988.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999 comentada*, Editorial Arte, Caracas 2000.

CHAVERO GAZDIK, Rafael J., *La Acción de Amparo contra Decisiones Judiciales*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Editorial Jurídica Venezolana, 1997.

TERCERA PARTE
EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO
DEL ESTADO

§14. LA ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA CONSTITUCIÓN DEL 99: DESARROLLO Y SITUACIÓN ACTUAL

María Amparo Grau

Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y
Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la organización de los Poderes Públicos de acuerdo al esquema contenido en la Constitución de 1999, así como el desarrollo de estas regulaciones constitucionales y la situación actual debe analizarse teniendo como premisa básica que este tema atañe a la separación de los poderes: principio constitucional del Estado Moderno.

No se concibe un Estado de Derecho sin que en sus bases constitucionales se contemple la división del poder. La división del poder del Estado, y el establecimiento concordado de un sistema de interferencias y controles entre las distintas ramas del Poder, persiguen básicamente impedir la arbitrariedad. Esto va unido al concepto mismo de Estado como ordenamiento que es. La formación, mecanismo de regulación de las relaciones de los sujetos de derecho, debe incluir no sólo al ciudadano, sino también a los órganos que detentan el Poder Público, porque en definitiva el Estado es igualmente un sujeto de derecho.

Es por ello que el principio de separación de los poderes, unido a la legalidad, como presupuesto de la actuación estatal, y a la responsabilidad del Estado, son los pilares del Estado de Derecho. Y este Estado de Derecho, en la modernidad, se define como aquél que es responsable de manera integral, esto es, como aquél que está obligado a reparar e indemnizar los daños que sus actuaciones producen, independientemente de la noción de culpabilidad que queda confinada al campo de lo privado.

La responsabilidad del Estado, hoy llevada a su máxima expresión, implica que ésta se reconoce no sólo ante las actuaciones ilícitas -como se exige para los particulares- sino por la actividad legal, cuando ella conlleve una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.

El fundamento de Montesquieu para la división de los Poderes fue la natural tendencia de quien ostenta el poder absoluto, de abusar del mismo, lo que representaba un claro riesgo para la libertad individual e hizo que se requiriese que “*por disposición de las cosas -en palabras de Montesquieu- el Poder detenga al Poder*”.

De manera que la división del poder es la base cardinal de la interdicción de la arbitrariedad y garantía necesaria de la libertad como valor fundamental del hombre y de las comunidades en que éste se organiza.

Sin embargo, la división del poder que si bien en su concepción tradicional, y en este sentido como noción elemental e insoslayable comporta la repartición de las tareas estatales a organizaciones independientes y autónomas entre sí, no se circunscribe únicamente a esta mera repartición de las funciones estatales, ni a la simple separación orgánica de quienes estén llamados a cumplirlas.

Werner Kagi, citado por García Pelayo,¹ afirma que “*La idea de la división de poderes en tanto que idea ordenadora de la comunidad libre de hombres es más amplia que la formulada por Montesquieu*”:

Cada tiempo tiene que buscar de acuerdo con sus realidades, la forma de orden que garantice óptimamente la administración responsable del poder. Por ello es necesario liberarse de la trinidad dogmática y abrir la vía para una nueva concepción global de la pluralidad de posibilidades de dividir el orden político.

La experiencia de la Constitución del 99 ratifica estos postulados, pues ella es prueba fehaciente de la posibilidad de modificar la concepción tradicional tripartita de la división del poder, y nos referimos aquí al mero aspecto funcional.

En todo caso, hemos señalado que el tema de la división de los poderes, entendido como base fundamental del Estado de Derecho, no debe reducirse al aspecto funcional. Y las modificaciones que contempla la Constitución del 99 en cuanto a este principio cardinal abarcan, en nuestra opinión, algo más que el paso de la repartición tripartita contenido en la Constitución del 61 a la división en cinco ramas del Poder prevista en la Constitución del 99.

La separación o división del Poder, como mecanismo de ordenación del poder del Estado frente a sus ciudadanos, puede verse desde diferentes perspectivas. El tratamiento del tema “La organización de los poderes públicos, su desarrollo y situación actual” amerita que se haga referencia a esta concepción amplia de la división del poder.

En este sentido, García Pelayo en su estudio sobre la separación de los poderes en Venezuela- alude a algunos de los criterios de división del Poder que, en nuestra opinión, inciden de manera importante en la organización del Estado en Venezuela. Estos criterios que nos permitimos mencionar a los efectos del presente trabajo, son:

II. EL DUALISMO PODER CONSTITUYENTE Y PODER CONSTITUIDO

Este criterio pretende diferenciar entre el Poder Constituyente que deriva directamente del pueblo y sin otro límite que el que le impone el derecho natural, del Poder del legislativo (parte fundamental del poder constituido), sujeto a condiciones y límites impuestos por éste.

Cabe recordar que la eficacia del Poder Constituyente se basa en la supremacía política que puede derivarse de la fuerza o del consenso. En Venezuela el proceso constituyente del 99 encontró legitimidad en un fallo de la Corte Suprema de Justicia, desde que no existía referencia alguna en el texto fundamental vigente.

Y aunque parece un contrasentido, la legitimidad de ese nuevo Poder Constituyente se basó en un acto del poder constituido, pues la sentencia de fecha 19 de enero de 1999, dictada por la Sala Político-Administrativa, interpretó el contenido del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, concluyendo que el referéndum previsto en dicho artículo, era un mecanismo válido para consultar al cuerpo electoral sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

1 “La separación de los Poderes en Venezuela” en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Caldera*, t. II, Universidad Central de Venezuela, Imprenta Universitaria, Caracas, 1979.

En el referido fallo se señaló: “... *el Poder Constituyente Originario se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional (...) la idea del Poder Constituyente presupone la vida nacional como unidad de existencia y de decisión...*”. Así, según lo explicó la Corte, la función del Poder Constituyente era organizar, limitar y regular normativamente la acción de los poderes constituidos. De esa forma el Poder Constituyente Originario es previo, ilimitado y superior al régimen jurídico establecido.

Por el contrario, “...*Cuando se trata del gobierno ordinario, en cualquiera de las tres ramas en que se distribuye su funcionamiento*”, estamos en presencia del “*Poder Constituido*”, el cual tiene facultades limitadas y reguladas para cambiar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto.

Sin embargo, esa necesaria distinción entre poder Constituyente y poder legislativo no quedó cabalmente estructurada en la Constitución del 99. La premura con que se realizó este proceso y la prisa por proclamar el nuevo texto sin el debate acabado de algunos temas, dio paso a una normativa constitucional transitoria en una de cuyas disposiciones se otorgaron facultades normativas propias del legislativo a la Asamblea Nacional Constituyente. Un verdadero contrasentido.

Este proceder ha dado lugar a un grave problema organizativo en el área correspondiente al Distrito Capital, pues con esta precipitada normativa, con la que hoy nadie se encuentra satisfecho, se han generado gravísimos problemas organizativos en la ciudad capital, dejando vacía de contenido la estructura territorial del Distrito Capital y desnaturalizando la figura de orden municipal que es el Distrito Metropolitano de Caracas.

Al haber sido producida por el Poder Constituyente toda esta regulación apresurada, su corrección plantea hoy un problema, pues se entiende que no se encuentra entre las posibilidades del poder legislativo la modificación de un acto emitido por el Poder Constituyente.

Por otra parte, y desde el punto de vista de la organización, este diseño de la autoridad municipal en dos niveles con municipios del Estado Miranda y del Distrito Capital, a la que se han atribuido, ante la ausencia de una organización del área capital de índole nacional, las competencias de los Estados, ha producido una colisión natural entre las competencias del Estado Miranda y las que se atribuyen al Distrito Metropolitano, en las áreas que pertenecen a ambas organizaciones territoriales.

En este caso, la inadecuada división del poder Constituyente y Constituido ha dado lugar a gravísimos problemas referidos a la división del poder en el ámbito territorial de la ciudad capital.

III. LA DIVISIÓN DEL PODER ESTATAL Y DEL PODER SOCIAL

En las Constituciones democráticas las libertades se dividen entre la esfera de actuación del Poder del Estado y la esfera de acción de los particulares. Y ello incide en la organización de los Poderes Públicos, pues en la medida en que se amplíe la posibilidad de actuación e injerencia de lo estatal en lo privado la organización administrativa experimentará un crecimiento mayor.

Esta división entre el Poder del Estado y la esfera de acción de los particulares, se erigió en la Constitución del 61 como garantía de la libertad individual, pero en la Constitución del 99 tal distinción se ha erigido en una habilitación para incrementar la inter-

vinción estatal. Este incremento de la intervención estatal se basa en la declaratoria del Estado como de bienestar, pero se concreta no sólo en la posibilidad de realizar actividad de coacción y control del actuar particular sino que el Estado asume de forma directa actividades del ámbito particular en materia prestacional y económica.

El análisis de la Constitución económica permite evidenciar, en mi opinión, como sobre una base que aparenta mantener el régimen consagrado en la Constitución del 61, se incluyeron principios, postulados y precisiones que perseguían posibilitar un vuelco total en la política económica y social del estado Venezolano y hoy son la justificación de la tendencia interventora del Estado en la actividad privada.

El fallo dictado por la Sala Constitucional en materia de créditos indexados (24 de enero de 2002) denota esta intencionalidad cuando realiza una larga exposición sobre la evolución del concepto de Estado Social y su significación en el marco de la actual Constitución.

En la referida sentencia se señala que uno de los aspectos fundamentales del Estado Social consiste en entender la ley en base a principios tendentes a alcanzar el bien común “y no como una normativa que se aplica por igual a realidades desiguales”.

Desde que la Constitución antepone el bien común al particular, las leyes deben tener por norte esta idea “y las que no lo tengan, así como las conductas que fundadas en alguna norma, atenten contra esos fines, se convierten en inconstitucionales”.

El Estado Social entonces intervendrá, en palabras de la Sala Constitucional, “no sólo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud, la vivienda, la educación y las relaciones económicas”, reforzando la posición de los débiles y aminorando la de los fuertes.

En efecto, el concepto de Estado Social en la actual Constitución no es limitado a los derechos sociales y se halla vinculado a todos los demás derechos fundamentales, por ello, con base en esta noción del Estado, “el sector público puede intervenir en la actividad económica, reservarse rubros de esa actividad, permitiendo a los particulares actuar en ellas mediante concesiones, autorizaciones o permisos, manteniendo el Estado una amplia facultad de vigilancia, inspección y fiscalización de la actividad particular y sus actos”. Derechos como el de la propiedad o la libre empresa, en el marco de un Estado Social quedan absolutamente condicionados al interés social.

De lo anterior se colige, como se afirmó en el fallo al que hemos hecho referencia, que la cláusula de Estado Social contenida en el artículo 2 de la vigente Constitución, no sólo crea obligaciones y deberes al Estado, sino también a los particulares.

El Estado es ahora entonces, empresario, banquero, prestador de servicios, controlador y regulador en extremo de la actividad privada y por ende la intervención estatal a la que hemos hecho referencia, se traduce en diversas fórmulas en materia organizativa, desde la descentralización funcional (Empresas del Estado, Institutos Autónomos, asociaciones, fundaciones, etc) hasta la mera desconcentración (servicios, departamentos, etc.) y creación de comisiones legales autónomas, así como la introducción de figuras que fomentan la participación directa del ciudadano -cogestión, cooperativismo-, en todo caso un crecimiento del aparato estatal, esencialmente de su administración.

IV. DISTINCIÓN VERTICAL DEL PODER

La Constitución del 99, a diferencia del texto fundamental del 61, contiene una referencia al principio de separación de los poderes no sólo en su acepción clásica funcional, sino como manifestación de la organización federal del Estado y el reconocimiento a la repartición territorial del Poder Público en tres niveles.

La ya conocida discusión académica entre el maestro Brewer-Carías y el Profesor Tarre Briceño² acerca de la correcta interpretación del artículo 118 de la Constitución del 61 que contenía el principio de la división del Poder pero no especificaba cuáles eran las ramas en que se repartía, sosteniendo, el primero que eran las ramas nacional, estatal y municipal, y el segundo, las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, se resuelve al imponerse ambas tesis, pues el poder se reparte, en efecto, tanto vertical como horizontalmente.

Esta nueva redacción precisa entonces que ciertamente corresponde a la proclamación del principio de separación de los poderes el aspecto territorial, habida cuenta de la distribución que en sentido vertical ha de realizarse.

Así el artículo 136 de la Constitución vigente dispone:

El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional.
[...]

La organización federal del Estado venezolano da lugar a una distribución constitucional de carácter territorial del Poder Público (artículo 136), lo cual se concreta a través de una repartición de competencias constitucionales y, por ende, originarias entre los tres niveles político territoriales (Poder nacional, estatal y municipal, que se regula en los artículos 156, 164 y 178, respectivamente).

La consideración de que el Estado Venezolano, además de federal, es descentralizado da lugar, por su parte, -entre otras regulaciones- a la posibilidad de que las competencias constitucionales del nivel nacional sean transferidas a los niveles estatal y municipal (artículo 157).

Este mismo sistema de división del poder, así como la consagración de una repartición de competencias originarias entre los tres niveles territoriales existía bajo la Constitución del 61³, y la posibilidad descentralizadora de carácter territorial también estaba contemplada en dicho texto (artículo 137).⁴

Es importante destacar que esta nueva repartición de competencias plantea no pocos problemas de interpretación, porque faltó sin duda la necesaria meditación de los cambios que se producirían con las nuevas regulaciones. Además se nota una tendencia centralizadora a través de la coordinación, en materias como la tributaria y de servicios domiciliarios, entre otras.

Por otra parte, para la regulación de competencias, en muchos casos se adoptaron redacciones confusas y se omitió discusión y consideración de los términos en que ya, bajo la Constitución del 61, se habían transferido ciertas competencias a los Estados, lo

² TARRE BRICEÑO, Gustavo, "La separación de los Poderes en Venezuela", *Libro Homenaje a Rafael Caldera*, t. II, Universidad Central de Venezuela, Imprenta Universitaria, Caracas, 1979, pp. 1369 a 1401.

³ Así se preveían las competencias del Poder Nacional, Estatal y Municipal en los artículos 136, 17 y 30, respectivamente.

⁴ *Artículo 137*. El Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, podrá atribuir a los Estados o a los Municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa.

cual dificulta la correcta interpretación de la nueva regulación constitucional de las competencias de los Estados. Por ejemplo, en materia de minería puede observarse que esa competencia había sido transferida a los Estados con mención expresa de la potestad tributaria mediante Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público,⁵ referencia que quedó eliminada en la Constitución del 99, cuando reguló la repartición territorial de las competencias.

En otro orden de ideas la intervención del Poder Nacional en la determinación de la organización estatal conlleva a una disminución de la autonomía del poder regional, lo cual se verifica, entre otras, en la regulación de la organización legislativa estatal y la regulación de su hacienda.

En lo que atañe a la organización administrativa, la referencia constitucional de las normas relativas a la Administración Pública en el Título IV, “Del Poder Público”, y de la función pública y la previsión de su posible regulación por Ley, en general, ha servido de justificación a las leyes nacionales que norman los principios básicos de la organización administrativa no sólo en el nivel nacional, sino también con aplicación a los ámbitos estatal, municipal y distrital (Ley Orgánica de la Administración Pública). Lo mismo con el Estatuto de la Función Pública que regula todos los ámbitos territoriales.

La Constitución del 99 añade además organizaciones constitucionales autónomas a nivel de Estados y Municipios, así consideramos que pueden calificarse el Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas en los Estados⁶ y el Consejo Local de Planificación Pública⁷ en el ámbito municipal, como mecanismos de participación ciudadana en la formulación de las políticas públicas. Se incluye la referencia expresa a las Contralorías Estadales y locales, cuyas competencias sujeta a la ley nacional y a la regulación que en definitiva se hace mediante el sistema nacional de control fiscal.

En conclusión si bien el principio de separación territorial se encuentra mejor formulado en este texto constitucional, sin duda obra del profesor Brewer-Carías en rol de constituyente⁸, las normas procuran una centralización del poder a través de la regulación de las competencias constitucionales y la interferencia del Poder Nacional en las facultades organizativas de los niveles Estatal y Municipal, restándoles autonomía.

V. DIVISIÓN HORIZONTAL O FUNCIONAL DEL PODER

Este criterio atañe a la noción clásica del principio de la separación de los poderes que se esboza sobre la base de la identificación de las funciones del Estado y que organizativamente puede propugnar tanto organizaciones como poderes se establezcan o por el contrario la concentración en una organización de las funciones mencionadas.

Asimismo la organización no sólo atiende a la división funcional del poder sino que luego se modifica por la consideración de la suficiencia de la interacción de estos órganos del poder para el necesario control, y contrafreno del poder arbitrario y de la seguridad jurídica y garantía del respeto de los derechos fundamentales.

5 Publicada en *Gaceta Oficial* n° 4.153, Extraordinario, de fecha 28 de diciembre de 1989.

6 Artículo 166 de la Constitución.

7 Artículo 182 de la Constitución.

8 BREWER-CARIAS, Allan R., *Debate Constituyente*, t. II, Quinta Parte, Sobre el Poder Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 159 a 223.

Es así como surgen los órganos constitucionales autónomos con funciones de control o como se plantea si, por el contrario, se requiere la existencia de un poder adicional que agrupe los mecanismos reguladores del sistema político estatal, como el poder neutral de Constant (Benjamín), destinado a restablecer el orden cuando “*esos tres resortes que son el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, se desarreglen y se entrecrucen, se entrechocuen y entraben*”.⁹

De manera que la trilogía de Montesquieu no es en absoluto una fórmula inamovible, y así como los poderes pueden ser más de tres, también podrían ser menos de ese número mágico, tal como lo recoge García Pelayo al referir la tendencia reduce la trinidad a una dualidad, como dice ocurre en la realidad del régimen parlamentario dado que los miembros del Gobierno y de la mayoría parlamentaria pertenecen necesariamente a un mismo partido o coalición de partidos, en cuyas instancias superiores se asienta, quizá, la decisión última sobre estas líneas políticas a seguir.

Ambos son entonces poderes políticos frente a los que se contraponen el poder judicial muy especialmente en su función de garantizar la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de los actos del gobierno. Esta postura según García Pelayo es más politológica que jurídica.

Lo que sí sería inaceptable es la ausencia de todo control, que se plantearía cuando todos los poderes atienden a un mismo interés político.

Analicemos pues la división del poder desde este punto de vista funcional, en la Constitución del 99 y su incidencia en lo organizativo.

El artículo 136 contempla cinco ramas del Poder: Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Ciudadana y Electoral y mantiene la previsión de órganos autónomos, esto es independientes de las 5 ramas del Poder.

1. Poder Ejecutivo

Uno de los cambios más importantes de la rama Ejecutiva en la Constitución del 99 es la potestad de fijar el número, organización y competencia de los Ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional atribuida al Presidente de la República.

Esta atribución ha producido en el ámbito de la organización administrativa una grave afectación al principio de permanencia. Ciertamente, si recopilamos todos los Decretos sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central que en ejecución de esa competencia ha dictado el Presidente, encontramos:

1. Decreto N° 3.570 publicado en *G.O.* de fecha 8 de abril de 2005.
2. Decreto N° 3.464 publicado en *G.O.* de fecha 10 de febrero de 2005.
3. Decreto N° 3.416 publicado en *G.O.* de fecha 21 de enero de 2005 (se reimprime por error material de ente emisor).
4. Decreto N° 3.416 publicado en *G.O.* de fecha 20 de enero de 2005 (se reimprime por error material del ente emisor).

⁹ Citado también por GARCÍA PELAYO, Manuel, “La separación de los Poderes en Venezuela” en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Caldera*, t. II, Universidad Central de Venezuela, Imprenta Universitaria, Caracas, 1979.

5. Decreto N° 3.416 publicado en *G.O.* de fecha 18 de enero de 2005 (este decreto se reimprimió en dos oportunidades).
6. Decreto N° 3.336 publicado en *G.O.* de fecha 14 de diciembre de 2004.
7. Decreto N° 3.125 publicado en *G.O.* de fecha 21 de septiembre de 2004 (se reimprime por error material del ente emisor).
8. Decreto N° 3.125 publicado en *G.O.* de fecha 16 de septiembre de 2004 (este Decreto se reimprimió por error material).
9. Decreto N° 2.937 publicado en *G.O.* de fecha 25 de mayo de 2004.
10. Decreto N° 2.360 publicado en *G.O.* de fecha 15 de abril de 2003.
11. Decreto N° 2.141 publicado en *G.O.* de fecha 22 de noviembre de 2002.
12. Decreto N° 2.083 publicado en *G.O.* de fecha 4 de noviembre de 2002.
13. Decreto N° 1.928 publicado en *G.O.* de fecha 20 de agosto de 2002.
14. Decreto N° 1.634 publicado en *G.O.* de fecha 11 de enero de 2002 (se reimprime por error material del ente emisor).
15. Decreto N° 1.634 publicado en *G.O.* de fecha 8 de enero de 2002 (se reimprimió por error material en fecha 11-01-02).
16. Decreto N° 1.475 publicado en *G.O.* de fecha 17 de octubre de 2001.

En cuanto al número de Ministerios:

Decreto N° 1.475 publicado en G.O. del 17 de octubre de 2001

1. Ministerio del Interior y Justicia
2. Ministerio de Relaciones Exteriores
3. Ministerio de Finanzas
4. Ministerio de la Defensa
5. Ministerio de la Producción y el Comercio
6. Ministerio de Educación, Cultura y Deportes
7. Ministerio de Salud y Desarrollo Social
8. Ministerio del Trabajo
9. Ministerio de Infraestructura
10. Ministerio de Energía y Minas
11. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales
12. Ministerio de Planificación y Desarrollo
13. Ministerio de Ciencia y Tecnología
14. Ministerio de la Secretaría de la Presidencia

Decreto N° 1.634 publicado en G.O. del 8 de enero de 2002 crea dos Ministerios nuevos: Ministerio Agricultura y Tierras, Ministerio de Educación Superior (reimpreso el 11 de enero de 2002, total 16 ministerios).

Decreto N° 1.928 publicado en G.O. del 20 de agosto de 2002, se crea el Ministerio de Comunicación e Información (total 17 ministerios).

Decreto N° 2.083 publicado en G.O. del 4 de noviembre de 2002. Se elimina el Ministerio de la Secretaría de la Presidencia (total 16 Ministerios).

Decreto N° 2.141 publicada en *G.O.* de fecha 22 de noviembre de 2002 (se mantienen iguales los ministerios).

Decreto N° 2.360 publicado en *G.O.* de fecha 15 de abril de 2003 (se mantienen iguales los ministerios, cambian algunas competencias).

Decreto N° 2.937 publicado en *G.O.* de fecha 25 de mayo de 2004. Ahora es *Ministerio de Educación y Deportes* (en lugar de Ministerio de Educación, Cultura y Deporte) (total 16 ministerios).

Decreto N° 3.125 publicado en *G.O.* de fecha 16 de septiembre de 2004. Se crean dos ministerios, *Ministerio de Economía Popular* y *Ministerio de Alimentación* (total 18 ministerios). Este Decreto se reimprimió por error material el 21 de septiembre de 2005, pero los ministerios permanecieron iguales.

Decreto N° 3.336 publicado en *G.O.* de fecha 14 de diciembre de 2004 (no modifica los ministerios).

Decreto N° 3.416 publicado por primera vez en *G.O.* de fecha 18 de enero de 2005. Se crea el *Ministerio de Turismo*, el *Ministerio de Industrias Básicas y Minería*, *Ministerio de Energía y Petróleo* y el *Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio* (total 20 ministerios) (este decreto se reimprimió por error en tres oportunidades, sin embargo, los ministerios permanecieron iguales).

Decreto N° 3.464 publicado en *G.O.* de fecha 10 de febrero de 2005. Se creó el Ministerio de la Cultura (total 21 ministerios).

Decreto N° 3.570 publicado en *G.O.* de fecha 8 de abril de 2005. Se crea el *Ministerio para la Vivienda y Hábitad* (total 22 ministerios).

1. Ministerio del Interior y Justicia
2. Ministerio de Relaciones Exteriores
3. Ministerio de Finanzas
4. Ministerio de la Defensa
5. Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio
6. Ministerio de Industrias Básicas y Minería
7. Ministerio del Turismo
8. Ministerio de Agricultura y Tierras
9. Ministerio de Educación Superior
10. Ministerio de Educación y Deportes
11. Ministerio de Salud y Desarrollo Social
12. Ministerio del Trabajo
13. Ministerio de Infraestructura
14. Ministerio de Energía y Petróleo
15. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales
16. Ministerio de Planificación y Desarrollo
17. Ministerio de Ciencia y Tecnología
18. Ministerio de Comunicación e Información
19. Ministerio para la Economía Popular

20. Ministerio de Alimentación
21. Ministerio de la Cultura
22. Ministerio para la Vivienda y Hábitat

Bajo la Constitución del 61 esta determinación correspondía a ley orgánica, lo cual si bien garantizaba la permanencia, impedía la realización de modificaciones en muchas ocasiones necesarias para adaptar la estructura administrativa a las realidades que estaba llamada a atender, o al menos para atenderlas con la eficiencia y eficacia deseadas. Bajo este esquema legal, la lista de Ministerios, con anterioridad a la Constitución del 99 era la siguiente¹⁰:

1. de Relaciones Interiores
2. de Relaciones Exteriores
3. de Hacienda
4. de la Defensa
5. de Industria y Comercio
6. de Educación
7. de Sanidad y Asistencia Social
8. de Agricultura y Cría
9. del Trabajo
10. de Transporte y Comunicaciones
11. de Justicia
12. de Energía y Minas
13. del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables
14. de Desarrollo Urbano
15. de la Familia
16. y de la Secretaría de la Presidencia

Posteriormente, mediante Decreto Ley esta Ley se modificó, quedando la lista de Ministerios así¹¹:

1. de Interior y Justicia
2. de Relaciones Exteriores
3. de Finanzas
4. de la Defensa
5. de la Producción y el Comercio
6. de Educación, Cultura y Deporte
7. de Salud y Desarrollo Social
8. del Trabajo
9. de Infraestructura
10. de Energía y Minas

10 Artículo 2 de la Ley Orgánica de la Administración Central de fecha 20 de diciembre de 1995.

11 Artículo 24 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central, Publicado en *G.O.* del 30 de agosto de 1999.

11. del Ambiente y de los Recursos Naturales
12. de Planificación y Desarrollo
13. de Ciencia y Tecnología
14. de Secretaría de la Presidencia de la República.

Este listado permaneció igual cuando se modificó esta normativa al dictarse un nuevo Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central de fecha 14 de octubre de 1999.

Finalmente, este Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central fue reimpresso por error material en fecha 14 de diciembre de 1999, permaneciendo los Ministerios sin modificación respecto del listado contenido en el Decreto anterior del 14 de octubre de 1999.

Con estos precedentes de constantes variaciones de forma y de fondo con más de quince modificaciones en un período de tres años, es difícil sostener que la modificación sustancial de la Constitución del 99 de transferir al Ejecutivo, dentro de las facultades del Presidente, estas competencias organizativas, haya sido positiva, pues su ejecutoria demuestra cuando menos una severa afectación de la seguridad jurídica.

En la misma forma, y en ejercicio de la facultad de fijar el número, organización y competencia de los Ministerios, el Ejecutivo ha dictado más de diez Decretos en los que se han modificado sus nombres, estructura y competencias hasta llegar al momento actual en que existen 22 ministerios distintos.

Para el ciudadano es difícil sin duda “mantenerse al día” sobre cada uno de los Ministerios encargados de las diversas materias, lo que representa a la postre un conflicto al momento de dirigirse a alguno de estos organismos en busca de soluciones o información, en el marco de sus respectivas competencias.

Por otra parte, ya a nivel legal, la creación de la figura del Viceministro que se convierte más bien en Viceministerios, ha producido un crecimiento interno desbordado de la organización ministerial que se desvirtúa con la creación de una figura novedosa denominada “Gabinete Ministerial” al que la ley atribuye las decisiones del Ministerio por el voto de los viceministros y el Ministro y pone por ende a éstos sobre aquél, desdibujando la jerarquía como principio jurídico de la organización administrativa.

La Constitución incorporó también la figura del *Vicepresidente Ejecutivo* como colaborador inmediato y más cercano al Presidente, encargado de coordinar la Administración pública nacional de acuerdo a las instrucciones del presidente, coordinar las relaciones entre el Ejecutivo Nacional y la Asamblea Nacional, y suplir faltas temporales del Presidente, entre otras. El Vicepresidente es también absolutamente responsable de sus actos por disposición expresa de la Constitución.

Se incluye además el *Consejo de Estado* (artículos 251 y 252) que es calificado como el órgano superior de consulta del Gobierno y de la Administración Pública Nacional, debiendo recomendar políticas de interés nacional en asuntos de especial trascendencia.

El Consejo de Estado, en los términos en que se encuentra previsto en la vigente Constitución, y que realmente ha tenido bien poca relevancia práctica, nada tiene que ver con el Consejo de Estado creado por Bolívar el 30 de octubre de 1817 y que constaba de 3 secciones: la primera, de Estado (Relaciones Exteriores) y Hacienda; la segunda, de Marina y Guerra; la tercera, de Interior y Justicia y que se trataba de un órgano político administrativo, que sustituyó, en alguna medida, la representación ciudadana en los cuerpos de elección popular y contribuyó a la toma de decisiones administrativas, legislativas y de gobierno propias del Estado.

Por lo que se refiere a la situación actual de la organización administrativa, cabe comentar la desnaturalización de la figura de la descentralización, pues aun cuando en el texto Constitucional se mantiene su consagración, como mecanismo de organización administrativa, en la práctica se ha visto desvirtuada al mermarse la autonomía propia de esta noción. En efecto, la merma de la autonomía se ha operado cuando se impone la subordinación, en lugar de la coordinación, entre los entes descentralizados y sus órganos de adscripción. Una clara afrenta a esta figura se materializa cuando el Ministro de adscripción ejerce simultáneamente la función de Presidente del ente descentralizado.

Finalmente, debe comentarse la exacerbación de la figura del Ministro de Estado que, a pesar de mantener la regulación constitucional del 61, ha sido absolutamente desnaturalizada en su desarrollo legislativo. En ese sentido, encontramos el claro ejemplo del Ministro de Estado para la Vivienda y Hábitat quien, en nombre de un órgano que actúa en el ámbito en las materias en las que éste debe asesorar o coordinar, como lo es el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (BANAP), se tomó la atribución de emitir Resoluciones cuyo contenido incidió de manera directa en las instituciones financieras, y ha desarrollado, en ejercicio de atribuciones otorgadas por el Ejecutivo, prácticas que sobrepasan ampliamente sus límites como Ministro de Estado.

2. Poder Legislativo

El elemento resaltante de las reformas instauradas respecto de esta rama del Poder, además del ya olvidado cambio de nombre del órgano parlamentario -Asamblea por Congreso- que encuentra sus raíces probablemente en la Revolución Francesa, es el unicameralismo, es decir, la sustitución de las figuras de Diputados y Senadores, como dos cuerpos distintos, por los Asambleístas. La eliminación de la cámara del senado atañe además a la representatividad de los Estados en la labor legislativa, la cual se ha sustituido por una mera posibilidad de consulta cuando la ley afecte aspectos relativos a los Estados (artículo 206).

Sin entrar en divagaciones sobre los desencajes doctrinarios derivados de la declaratoria constitucional de Venezuela como un Estado Federal, Descentralizado y a la vez con un Poder Legislativo Unicameral, nos permitimos resaltar que, si bien se produjo una clara simplificación del procedimiento de creación de leyes, que hoy es más corto y sencillo, esta modificación redujo a la mitad los controles que se ejercen sobre las leyes que se producen, teniendo como consecuencia que la calidad del resultado se haya visto sacrificado por la celeridad del proceso, en definitiva, lo material sobre el fondo.

Entre las funciones de la Asamblea encontramos, además de sus funciones naturales como la creación y modificación de leyes, el ejercicio de funciones de control sobre el Gobierno y sobre la Administración Pública Nacional en los términos consagrados en la Constitución y la ley. A diferencia de lo previsto en la Constitución del 61 que el límite era constitucional, para el caso de la administración central, ahora se permite ampliar los controles por vía de la Ley.

Asimismo, observamos que la Asamblea Nacional ha desarrollado una serie de actividades que no parecen compaginables con su naturaleza, convirtiéndose en un cuerpo de investigaciones y de determinación de responsabilidades. A estos efectos, el 2 de agosto de 2001 fue dictada la "Ley Sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones" y que establece en su artículo 2 que "*La comparecencia de funcionarios y funcio-*

narias públicos y los o las particulares tiene como objeto conocer la actuación, y la recopilación de los documentos requeridos por la Asamblea Nacional o alguna de sus Comisiones, para el mejor desempeño de las investigaciones en las materias de su competencia”, entendemos por estas últimas, cualquier materia que los integrantes de la Asamblea consideren pertinente sea investigada, quedando a su total discrecionalidad la determinación de las mismas.

La Asamblea Nacional tiene ahora también la facultad de destituir a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, luego de que el Consejo Moral Republicano haya calificado como grave la falta cometida por el mismo y le haya remitido un informe pormenorizado de la investigación y la situación. Tal competencia pone en duda el carácter apolítico del máximo órgano del Poder Judicial y afecta el principio de separación de poderes así como el control de la legalidad y de la Responsabilidad del Estado, que a éste corresponde establecer y para lo cual la autonomía e independencia es requisito indispensable.

3. Poder Judicial

El Poder Judicial presenta también algunas modificaciones, entre estas, la asunción de su administración, a través de la supresión del Consejo de la Judicatura y la creación de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, lo cual ha constituido al Tribunal Supremo de Justicia, por mandato del artículo 267 de la Constitución, en verdadero rector de la organización de ese Poder. Para esto, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia debió crear y organizar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura como órgano dependiente de la misma desde el punto de vista funcional y jerárquico y cuyo máximo representante, será de libre nombramiento y remoción por la Sala.

Se crearon también, como órganos dependientes jerárquica, organizativa, y funcionalmente de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, la Escuela Nacional de la Magistratura y la Inspectoría General de Tribunales, dirigida por el Inspector General de Tribunales que será de libre nombramiento y remoción de la Sala Plena. De alguna forma el gobierno del Poder Judicial ha quedado confiado al máximo órgano jurisdiccional, lo que plantea una contradicción en la esencia misma del Poder Judicial.

Debe ser punto de reflexión si esta nueva organización del Poder Judicial afecta la autonomía del poder Judicial, al ser el superior -cuyos criterios no ha de obligar- en muchos casos el mismo quien ostenta la potestad disciplinaria y de designación.

Otra novedad de la Constitución de 1999 en lo relativo al Poder Judicial, es la creación de la Jurisdicción Constitucional a ser ejercida mediante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuyos fallos en materia de interpretación de la Constitución, tendrán, para los demás Tribunales y Salas del TSJ, carácter vinculante.

4. Poder Ciudadano

Se han organizado como una rama del Poder los órganos constitucionales autónomos del control, existentes ya bajo la Constitución del 61 -Ministerio Público y Contraloría General de la República- adicionando la figura del Defensor del Pueblo y del Consejo Moral Republicano.

La Ley Orgánica del poder Ciudadano, publicada en *Gaceta* el 25 de octubre de 2001 prevé su organización, función y competencias, entre las que se incluyen, entre otras: (i) prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (consideramos que al ser una materia cuya investigación se encuentra expresamente atribuida a este órgano, escapa de las posibilidades de investigación de la Asamblea Nacional), (ii) velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, (iii) velar por el cumplimiento de los principios constitucionales del debido proceso y de la legalidad en la actividad administrativa del Estado, (iv) promover la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo y (v) calificar las faltas graves que hubieren cometido los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

La utilidad práctica del Consejo Moral Republicano hasta la fecha ha sido bastante escasa desde que sus intervenciones no han sido de mucha relevancia y la mayor parte de sus funciones, tales como la “promoción de la educación como proceso creador de la ciudadanía y las actividades pedagógicas dirigidas al conocimiento de la Constitución, el amor a la patria, las virtudes cívicas y democráticas”, o “la promoción de la solidaridad social, de la libertad de la responsabilidad social”. ¿Se enseña el amor a la patria? Se enseña el amor?

5. Poder Electoral

Mediante sentencia de fecha 10 de febrero del 2000 (Caso *Cira Urdaneta vs. Consejo Supremo Electoral*), la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia dejó establecido los criterios fundamentales que regirán el marco de sus competencias. En dicha decisión la Sala, como punto previo, analizó el rol protagónico del Poder Electoral dentro de la organización del Poder Público Nacional, así como los principios que lo rigen. Igualmente, hizo referencia a la necesaria creación de una jurisdicción especial (i.e. jurisdicción contencioso electoral) dirigida a controlar la actividad de esa nueva rama del Poder Público.

La Sala Electoral estableció que “*los dispositivos constitucionales evidencian la intención de la Carta Magna de erigir en una nueva rama del Poder Público, al Poder Electoral, pues así se desprende inequívocamente de su conformación orgánica*”.

Así, -sostiene la sentencia- a la clásica trilogía de las ramas del Poder Público Nacional, esto es, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, se adicionó el Poder Ciudadano y el Poder Electoral (artículo 136). Esta modificación no ha obedecido a meras razones de técnica legislativa o de racionalidad en la distribución orgánica del Poder, sino que refleja -se insiste- una nueva concepción del Estado, y ello explica que se hayan consagrado sendos capítulos del Título referido a la organización del Poder Público Nacional destinados a regular esos dos nuevos Poderes, regulación constitucional que en el caso del Poder Electoral, expresa coherente y sistemáticamente la nueva concepción, pues supera claramente la tesis de la Constitución del 61, que aludía genéricamente a unos órganos electorales, que debían ser contemplados en la Ley, con la finalidad exclusiva de permitir el ejercicio periódico (cada tres o cinco años) del derecho al sufragio activo y pasivo.

A este respecto, nos permitimos observar únicamente que, en el marco de la idea de pesos y contrapesos sobre la que se erige el sistema de separación de los poderes, no encuentra explicación la existencia de un poder Electoral, puesto que no existe otro órgano al que éste deba sopesar, en efecto, consideramos que si la finalidad era dotar de mayor importancia a los procesos electorales, bastaba con consagrar de forma expresa al

órgano electoral a nivel constitucional, lo cual no hacía la Constitución del 61, ya que si la única actividad es organizar elecciones y precisar, en ocasiones, las posibles controversias que pudiesen plantearse en el marco de un proceso electoral, no era necesaria su configuración como Poder.

A la postre, el llamado Poder Electoral, encuentra justificación en su concepción como un medio más de intervención del Estado en las actividades desarrolladas por los particulares mediante en la intervención electoral de organizaciones que de algún modo se vinculen con la gestión de intereses de los distintos grupos políticos de la sociedad.

6. Órganos Constitucionales Autónomos

La Constitución de 1999 crea el Consejo Federal de Gobierno (artículo 185) como un órgano que integra la estructura de las Altas autoridades del Estado. Es además de un órgano de coordinación y planificación, un órgano de administración de un fondo - patrimonio autónomo- de compensación territorial, y al cual, podría la Ley conceder atribuciones de ejecución, encaminadas a la real coordinación de las “acciones” que deban llevarse a cabo para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios.

El Consejo Federal de Gobierno debe abarcar todas las áreas relacionadas con el proceso de descentralización previsto en la Constitución, en cuanto tenga su origen en facultades del Poder Nacional. La causa legitimadora de tal coordinación será la de asegurar la coherencia de la actuación de los entes político-territoriales en el respeto al ejercicio de las competencias transferidas y las que le sean propias, el suministro de información a los mismos y la cooperación y asistencia activa que estos pudieran necesitar.

Si bien el dispositivo constitucional tan sólo se refiere al Consejo Federal de Gobierno como un órgano de coordinación y planificación de la política de descentralización, somos de la opinión que lo mismo no es óbice al ejercicio por parte de este órgano de una actividad consultiva y de asesoría al Gobierno en el marco de las políticas a ser adoptadas en pro de la efectividad y mejoramiento del proceso de descentralización.

En su actividad consultiva el Consejo Federal de Gobierno emitirá apreciaciones técnicas e ilustrará con sus dictámenes, opiniones y consejos el criterio de los órganos del Gobierno que lo consulten obligatoria o facultativamente según lo disponga la ley.

Hasta la fecha, las actividades desplegadas por este órgano han sido poco relevantes, lo que no ha permitido apreciar sus posibles virtudes como elemento externo organizador del proceso de transferencia de competencias.

La consagración del Banco Central de Venezuela como un ente constitucional autónomo es y también una novedad importante. Se concretó así la ansiedad autonomía formal de dicho ente, que la ley ya había tratado de imponer. Pero lo más novedoso, en cuanto al tema organizativo, es la consagración por vez primera de un órgano constitucional autónomo dotado de personalidad jurídica propia.

V. CONCLUSIÓN

Como reflexión final queremos enfatizar que la idea base que debe ser preservada sin importar la forma en que se separen los Poderes o en que se distribuyan las potestades de cada uno de estos, es el mantenimiento de la Seguridad Jurídica y la verdadera naturaleza de los llamados pesos y contrapesos en que se fundamenta la separación de Poderes.

Así en un sistema en que el Poder Legislativo tenga predominio sobre los otros y acarree lo que González Pérez llama un “mundo de leyes desbocadas”, o en el que el Parlamento concentre funciones ajenas a la legislación desatendiéndola, o en un sistema en que se instaure un rama Ejecutiva dominante sobre los otros poderes y se minimice la autonomía del Poder Judicial; o finalmente, en un sistema en el que el Poder judicial pretenda supremacía, sustituyéndose en la labor legislativa y de la administración o que se constituya sin garantía de la necesaria autonomía e independencia, serán en definitiva sistemas de división del Poder que de modo alguno cumplirán los objetivos que lo presupuestan la consagración de un Estado de Derecho en el que sea posible la interdicción de la arbitrariedad y la garantía de la seguridad jurídica y el respeto de los derechos fundamentales.

§15. SOBRE LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA¹

Isaac Augusto Damsky
Profesor Derecho Administrativo
Universidad Austral, Argentina

*Este propósito mínimo,
hacer realidad los derechos del ser humano,
es, precisamente por su sencilla elementalidad,
el más grande y difícil que puede hacer el ser humano*
Hanna Arendt²

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la organización administrativa en la actualidad se encuentra -en mi opinión- enmarcado dentro del análisis de un fenómeno mayor; el de la comprensión de la crisis y transformación del Estado³, lo que determina la necesidad de replantear las categorías desde las cuales fueron pensadas las teorías organizacionales de la administración pública, aún vigentes en los sistemas jurídicos iberoamericanos.

Así, un buen ejemplo de ello lo constituye la complejidad cada vez mayor que actualmente presenta todo intento de comprender las actuaciones de sujetos privados bajo formas de poderes públicos y consecuentemente las actuaciones de poderes públicos bajo formas privadas⁴, a lo que se agrega el problema de los contornos difusos que ya presentaba la pregunta por la identificación de la Administración Pública. Respecto de este último elemento, se apreciaba que en su noción subjetiva como organización que depende del Poder Ejecutivo, resulta inaprensible dada la existencia de estructuras bu-

1 El autor agradece, con afecto y admiración, al Dr. Allan Randolph BREWER-CARÍAS por su invitación a participar en esta obra.

2 *La Tradición Oculta*, Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 74.

3 Al respecto, se sugiere ampliar en CASSESE, Sabino, *La Crisis del Estado*, Lexis Nexos, Buenos Aires, 2003, y en los siguientes trabajos del Profesor Argentino SALOMÓN, Jorge Luis, "Interés público y emergencia", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, "La defensa del Estado Argentino en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos", *Revista "El Derecho"*, Buenos Aires, 28 de octubre de 2003.

4 Como lo señala SALOMÓN, "La crisis del Estado nos trae, como observará y percibirá el lector, un intento certero de racionalización de la novedad, del nuevo entramado jurídico que se está produciendo día a día, y que trastoca los paradigmas sobre los que se construyeron el estado nacional, sus vinculaciones jurídicas con otros Estados y con sus propios órganos, como así también sus vinculaciones con los particulares, en sus distintas expresiones, colectivas, individuales, empresariales, etc., y por lo tanto, se trastocan la producción y la aplicación de los ordenamientos jurídicos. En ese contexto aparece con claridad el concepto de ordenamiento público global o global governance (...) la aparición de nuevos poderes públicos que no necesitan distinguir su naturaleza estatal o no estatal y que son productores y aplicadores del derecho, mas allá de sus formas y procedimientos estatales nacionales, y aún en contra de estos" (SALOMONI, Jorge Luis, "Estudio Preliminar" en CASSESE, Sabino, *La crisis del Estado*, pp. 7, 8).

rocráticas en los otros Poderes y la existencia de otras formas de gestión pública realizada por sujetos privados. En su noción material, se presenta el problema de determinar cuándo una actividad se comprende dentro de la imprecisa noción de “función administrativa”.

A lo expuesto se agregan otras circunstancias: en primer lugar, la falta de coordinación entre las organizaciones públicas, y, la consecuente falta de intermediación -de las administraciones públicas tradicionales- con los particulares. En segundo término, los vallados que encuentran las estructuras de control público, las cuales están limitadas en la modalidad de sus funciones y condicionadas en cuanto a la oportunidad de su ejercicio. Finalmente, la dificultad de acceso a la información generada por las autoridades administrativas en tiempo oportuno, tanto por los individuos como por la organización estatal de control.

Las circunstancias descritas son significativas de la insuficiencia de las categorías normativas aún imperantes, en la materia. Al respecto resultan elocuentes las expresiones del Catedrático español Dr. Luciano Parejo Alfonso, quien, una década atrás, en la introducción a su -ya célebre- obra *Eficacia y Administración*, señalaba: “Cualquier reflexión actual sobre la Administración Pública debe partir y ser conciente del clima de desorientación e incluso confusión que se padece en la materia. Las causas de la desorientación son variadas, pero entre ellas destaca, el cuestionamiento hoy del Estado, y la paralela reafirmación, como paradigma, de la sociedad civil, con postulación de la retirada de aquél a favor de dicha sociedad”⁵.

Sin lugar a dudas, el cuadro de situación presentado ya evidenciaba que las desconexiones e imprecisiones existentes en torno al contenido organizacional de lo que debe entenderse como Administración Pública, su rol, sus cometidos y sus fines, obedece, entre otros componentes, a la inutilidad de buscar un concepto único totalizador de todas sus formas y predicable en todo tiempo y lugar.

En realidad, la comprensión de qué es, o qué representa, la Administración Pública en la actualidad -si es que representa algo, o sólo constituye, un resabio de una estructura estatal en crisis- cuál es su rol y cuáles son sus técnicas, solo se logrará dimensionar a la luz de un proceso mayor; el de comprensión de la crisis del Estado y las peculiaridades con que ella se manifiesta en las respectivas dimensiones temporales y espaciales específicas.

Dentro de este contexto, se inscribe -a mi entender- la problemática de los principios jurídicos de organización administrativa. Por ello, creo necesario formular algunas reflexiones que -a modo introductoria- motiven al análisis en torno a la vigencia de su formulación tradicional.

Así es que, en orden a los clásicos principios jurídicos de la organización administrativa, se invitará a pensarlos a la luz del impacto que la reforma constitucional argentina de 1994 produjo sobre la materia, al constituirse en uno de los basamentos de la internacionalización del ordenamiento jurídico argentino⁶. Así, inicialmente se advierte que me-

5 PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, INAP, Madrid, 1995, p 19. Asimismo en la presentación refiere: “en muy breve tiempo el sujeto central y razón de ser del Derecho Administrativo, La Administración Pública, ha experimentado cambios, que forman parte de un proceso aún no concluido en tanto que parte del más amplio de transformación social y del Estado al que estamos asistiendo. Los datos más significativos son, el peso adquirido por la actividad económica y la asunción progresiva de responsabilidades en nuevos sectores de alta sensibilidad social. Tales datos hacen realidad la crisis del Estado y de lo público, y su teorización como factor clave de la vida social”.

6 Al respecto me remito a los trabajos citados del Profesor argentino Jorge SALOMONI y, a lo dicho por el autor en: “Los derechos de participación en el control administrativo del sector público a partir de la reforma constitucio-

dian­te la jerarqui­za­ción cons­ti­tu­cional del sis­te­ma in­te­ra­me­ri­ca­no de de­re­chos hu­ma­nos, prin­ci­pios co­mo el de “je­rar­quía” -en el de­re­cho pú­bli­co ar­gen­ti­no- se han vi­sto im­pac­ta­dos en or­den a la re­duc­ción de la in­ten­si­dad de su­jeción del po­der sobre los a­gen­tes pú­bli­cos, y, asimis­mo, se han da­do los con­di­ciona­mien­tos para el de­sar­rol­lo de otros prin­ci­pios en se­gu­ri­dad de los de­re­chos hu­ma­nos fun­da­men­ta­les de los par­ti­cu­la­res fren­te al Es­ta­do, los cua­les po­seen un caríz pro­ce­di­men­tal y se per­filan co­mo ver­da­de­ras ga­ran­tías in­stru­men­ta­les, co­mo se ana­li­za­rá a con­ti­nuación.

En con­se­cuen­cia, desde la per­spec­ti­va ex­pues­ta, en el pre­sen­te tra­ba­jo se pre­ten­de re­vi­sar las si­guien­tes ca­te­go­rías: el ór­ga­no, en­ten­di­do a tra­vés de los pos­tu­la­dos de la “Teo­ría del Ór­ga­no”, la no­ción de po­tes­ta­do, y los prin­ci­pios ju­rí­di­cos de la or­ga­ni­za­ción ad­mi­nis­tra­ti­va.

II. LA TEORÍA DEL ÓRGANO

Una con­si­de­ra­ble can­ti­dad de au­to­res na­cio­na­les y ex­tra­nje­ros se han ocu­pa­do de esta for­mu­la­ción para ex­pli­car un tipo es­pe­cial de vin­cu­la­ción en­tre fun­ciona­rio-fun­ción ad­mi­nis­tra­ti­va, y los efec­tos ju­rí­di­cos de los ac­tos dic­ta­dos ba­jo esta ha­bi­li­ta­ción com­pe­ten­cial. Básicamen­te se per­si­gue jus­ti­fi­car por­qué las con­se­cuen­cias ju­rí­di­cas de las vo­lun­ta­des de las per­so­nas fí­si­cas que in­te­gran la per­so­na ju­rí­di­ca es­ta­tal son im­pu­ta­bles a ésta y no a di­chas per­so­nas fí­si­cas. Y de esta for­ma se su­pe­ran las in­su­fi­cien­cias de las an­te­rio­res teo­rías, del man­da­to, y de la re­pre­sen­ta­ción⁷.

Ad­viér­ta­se una pri­me­ra idea: La im­por­tan­cia de la teo­ri­za­ción del ór­ga­no es tal, que en la gé­ne­sis his­tó­ri­ca de su for­mu­la­ción se la en­tron­có con la idea de la exis­ten­cia mis­ma del Es­ta­do. Así Jel­linek⁸ sos­tu­vo en 1892 que “El Es­ta­do es una per­so­na ju­rí­di­ca y no puede al­can­zar sus fi­nes si no valién­do­se de per­so­nas fí­si­cas-ór­ga­nos”. Y en­fa­ti­za: “El es­ta­do sólo puede ac­tu­ar por me­dio de sus ór­ga­nos; si se eli­mi­na­sen, de­sa­pa­re­cería tam­bién la fi­gu­ra mis­ma del Es­ta­do”.

En el Siglo XX Forst­hoff⁹, con­ti­nuan­do la lí­nea ex­po­si­ti­va, en­se­ñó: “to­da uni­dad ad­mi­nis­tra­ti­va, to­da au­to­ri­dad de la Ad­mi­nis­tra­ción del Es­ta­do, for­ma parte del con­jun­to de la in­sti­tu­ción del Es­ta­do”. En Ar­gen­ti­na, Ma­rie­nhoff con­ti­nuó la ar­gu­men­ta­ción se­ña­lan­do: “el Es­ta­do y to­das las per­so­nas ju­rí­di­cas es­ta­ta­les de que él se vale para el cum­pli­mien­to de sus fi­nes ex­presan su vo­lun­ta­do a tra­vés de per­so­nas fí­si­cas que las in­te­gran. Estas per­so­nas con­sti­tu­yen los llama­dos ór­ga­nos per­so­nas”¹⁰. Y en­ton­ces con acier­to ob­ser­va Cas­se­se, re­sul­ta ser que no es la or­ga­ni­za­ción en su con­jun­to, si­no que es el ór­ga­no el tema do­mi­nan­te; es­ta­ble­cién­do­se por esta ra­zón una lí­ga­zón aún subsis­ten­te, es­ta­do - ór­ga­no co­mo su­je­to re­pre­sen­tan­te in­me­di­a­to del Es­ta­do.

nal de 1994”, DAMSKY, Isaac Augusto, en VVAA, “A una década de la reforma constitucional”, BIDART CAMPOS – GIL DOMÍNGUEZ, Coordinadores, EDIAR, B.A., 2004.

7 A fin de no distraer el objeto central de esta exposición, no se abordaran las nociones que inspiran a las teorías del mandato y de la representación. En aras de una mejor comprensión de ellas se sugiere ampliar en las obras de MARIENHOFF y CASSAGNE.

8 Autor citado, “System der subjectiven öffentlichen Rechte” 1892, 2ª ed, Tübingen, 1905, p. 225.

9 FORSTHOFF, Ernst, “Lehrbuch des Verwaltungsrecht”, I, 8ª ed., München, 1961, p. 103.

10 MARIENHOFF, Miguel, *Tratado...*, t. I, p. 516.

Llegados a esta altura pasaré revista a las nociones que integran la teoría del órgano, para luego ensayar las críticas que pueden formularse en aras de superar sus postulados organizativos.

Esta formulación se basa en la inexistencia de la relación jurídica de representación entre el órgano y la organización, en virtud de que ambos son expresión de una misma realidad que es la persona jurídica. Por esto se explica que entre la noción de órgano y la de representación hay una diferencia esencial. La calidad de representante deriva de una norma o acto precedente; en cambio la calidad de órgano deriva de la propia constitución de la persona moral: integra la estructura de ésta y forma parte de ella. El órgano nace con la persona jurídica¹¹.

Dicho en otras palabras, el órgano deriva de la propia persona jurídica por ser elemento integrante de su estructura; al actuar el órgano actúa la persona jurídica, no existiendo vínculos de representación entre ambos¹². De esta forma no actúa en base a un vínculo exterior con la persona jurídica estatal sino que la integra, formando parte de la organización.

La dinámica de su actuación resulta explicada en base a la existencia de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero se caracteriza por un “haz de competencias” que resultan integradas en un cúmulo de potestades. El segundo se encuentra referido a la persona física del funcionario que actúa al órgano en los aspectos que hacen a su voluntad y capacidad, contextualizada dentro del “principio de especialidad” por virtud del cual se imputa al órgano la expresión de voluntad del acto administrativo. Ello llevó a la doctrina a conformar una “idea unitaria” sobre el órgano para así unificar el haz de imputaciones de órgano físico - órgano institución, por cuanto ninguno de estos tiene existencia autónoma.

1. Crítica a la teoría

En síntesis, puede decirse con Santi Romano¹³ que el principal carácter distintivo del órgano no está en su función, sino, todavía antes, en su compenetración con un ente jurídico, el cual recurre para la obtención de sus fines, a personas que, prestándole su propia voluntad, y su propia actividad, desaparecen en los engranajes del conjunto, transformándose en medios idóneos para hacerle querer y obrar. Esta y todas las explicaciones nos retrotraen a las nociones extraídas desde Jellinek a Forsthoff en torno a la importancia de la figura: es el órgano quien actúa o hace actuar al Estado. Se preguntará el lector el porque de la crítica desde su aspecto fundante.

La crítica inicial apunta a denotar que el enfoque expuesto trae como consecuencia que se desentienda de la organización y su conjunto, pero se interese por el órgano. Vale decir, se liga Estado-Órgano pero con prescindencia de toda vinculación con la

11 MARIENHOFF, *ob. cit.*, p. 518.

12 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, pp.60 y ss. El autor demuestra la importancia de esta formulación teórica a partir de los presupuestos de configuración de la responsabilidad estatal, enseñando que “es presupuesto para la existencia de responsabilidad la conducta de un órgano o funcionario que le sea jurídicamente imputable, y de ahí la importancia de establecer cómo se imputa la voluntad al órgano estatal”. Y señala luego: “La Corte Suprema nacional ha dicho en este sentido que la actividad de los órganos y funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”. (autor y obra citados, p. 161).

13 SANTI ROMANO, *Fragmentos de un diccionario jurídico voz órgano*, Milán, 1983, p. 148.

organización -o repartición pública- en la que se haya inserto el órgano. Su efecto será, como lo señala Palomar Olmeda, “el abandono científico de la organización administrativa”¹⁴.

A la luz de esta teoría, un sector de la doctrina italiana encarnada en Sabino Cassese, se encarga de señalar que “una organización en sentido propio, como conjunto de órganos, no existe siquiera, ni puede existir, si la unidad de los órganos se realiza en el Estado - persona”¹⁵. Así se critica a la teoría puesto que el enfoque propuesto resulta parcial y no abarca el fenómeno en su conjunto, sino solo en cada una de sus partes, engendrando importantes disfunciones, como por ejemplo en el régimen de la responsabilidad del Estado, y la difusa imputación a los agentes públicos. Ello se aprecia a poco que se comprenda que si bien la función del órgano es la de permitir obrar al Estado, siendo el órgano el individuo; este al no identificarse completamente con aquel por ser solo su titular y necesitar del “elemento objetivo”, torna difusa la imputación del acto y el deslinde de responsabilidades, ya que, por ejemplo, ¿es responsable el órgano Director General o la persona que lo encarna?

Le sigue a su vez otra duda, si el órgano se integra por un sujeto bajo un supuesto régimen de responsabilidad de funcionarios públicos, ¿como puede suceder que luego se imputen todas las consecuencias de sus actos al Estado? Y concediendo que se distingan hipótesis en las cuales ciertos efectos del acto recaigan sobre el funcionario, ¿puede el órgano para algunos efectos ser parte del Estado, y para otros no serlo?

Relativa a la desconexión del órgano con las relaciones y los circuitos administrativos internos de cada repartición, cuadra recrear una observación formulada por Cassese: ¿que relación existe entre el Estado y sus órganos y entre los propios órganos? Al no ser los órganos personas jurídicas, no podrían existir relaciones entre el Estado y los órganos, ni entre los órganos entre sí¹⁶.

En este sentido denuncia Cassese que detrás de la unidad de la persona-Estado se vienen a esconder, algunos de los problemas mas importantes del derecho administrativo moderno, aquellos relativos a la relación jurídica entre órganos, cuya complejidad es tal que requiere no sólo una minuciosa regulación procedimental (que establece qué órgano toma la iniciativa, cuál dicta el acto, y cuál lo controla), sino el recurso frecuente a acuerdos, con los cuales los órganos públicos, después de haber negociado al igual que los particulares, estipulan contratos relativos a obligaciones recíprocas.

Puede afirmarse sin hesitar que esta desconexión es la pretendida por esta teoría. Piénsese en sus consecuencias: no justiciabilidad de toda la actividad administrativa que no ocasione efectos jurídicos directos a terceros, pero que sin embargo pueda generar efectos indirectos por los perjuicios al erario público o la insatisfacción del interés público que puedan ocasionar las distintas formas del relacionamiento administrativo, y los consecuentes actos de administración. Piénsese asimismo en los males que aquejan a nuestra Administración: excesiva presupuestación para satisfacer a un núcleo mínimo de necesidades, o el geométrico crecimiento del aparato administrativo mediante la incorporación incontrolada de agentes.

14 PALOMAR OLMEDA, Alberto, “La organización administrativa: tendencias y situación actual”, Introducción, Ed. Comares, Granada 1998, p. XIII. Allí remarca la importancia del estudio contextualizado y regionalmente situado de la organización administrativa, al decir: “no puede dissociarse el estudio de la organización de la Administración misma y ésta, a su vez, del modelo de sociedad a la que aquella sirve. Aquí ha habido cambios notables con una incidencia plural que han transformado los esquemas preexistentes. De esta forma, el modelo de sociedad es un condicionante evidente de todo cuanto se refiere a la Administración pública”.

15 CASSESE, Sabino, *Las Bases del Derecho Administrativo*, p 132.

16 Autor y obra citada, p. 133.

Se sigue la peligrosa afirmación de que si tales relaciones, Estado - órgano, u órganos entre sí, no son relaciones jurídicas, no son actos administrativos por no trascender en sus efectos a los particulares. Esta suerte de actos son los que Marienhoff llamaba actos de administración. Desde esta postura, tradicionalmente aceptada por la praxis burocrática, estos actos se encontrarían dentro de la zona de reserva, y consecuentemente exentos de revisión judicial y fuera del control tanto legislativo cuanto de los órganos extra-poder.

Sin embargo aclaro que -en el caso argentino- frente a dicha postura, se inscribe otra que comparto plenamente y que parte de sostener que en “nuestro sistema constitucional, por imperio de los arts. 18, 109, y 116 de la Constitución argentina, no puede en caso alguno excluirse la revisión judicial plena de cualquier acto estatal”¹⁷. En el capítulo respectivo será abordada con mayor precisión.

Apreciará el lector que esta teoría del órgano acarrea otras consecuencias jurídicas:

En primer lugar, se encuentra a un órgano investido de potestades y facultades para actuar en el mundo jurídico. Esto se traduce en la posibilidad del funcionario de establecer normas, dictar actos administrativos y en definitiva, realizar afectaciones presupuestarias y obligar patrimonialmente a la administración con entera libertad, ya que no es pasible de las sanciones por mandatario infiel, por la inexistencia de la relación de mandato.

En segundo lugar, se aprecia que el funcionario u “órgano persona” es parte integrante de la repartición o persona pública estatal. Pero adviértase con claridad que dicho órgano no es sujeto de derecho¹⁸. Ello acarrea dos consecuencias: la primera que no le es alcanzado el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado, y que aun en los casos en que le quepa responsabilidad esta nunca tendrá la entidad y alcances que aquél. La segunda es la relativa a la escasa posibilidad de control administrativo y reproche personal sobre los actos y compromisos a los que anude a la Administración, ya que al obligar a aquella y no tener esta personalidad jurídica¹⁹, solo será posible auditar, controlar o enjuiciar a aquella y no a éste.

Finalmente, y en los aspectos organizativos que aquí interesan, se la crítica por su pretendida contribución a la “impersonalidad del poder”, a la que llega la teoría al proponer que “no es el Estado sino sus órganos los que estipulan los contratos”. Ello fue muy loable en el contexto histórico en el cual se formuló, pero ya no es más predicable.

Adviértase que lo pretendido fue “hacer impersonal el poder del soberano, desvinculando el Estado de la figura del monarca y sometiendo el mismo monarca al Estado y al derecho, allí donde, precedentemente, el monarca era soberano del Estado y sobre el Derecho. Por tanto la primera exigencia a resolver era la de permitir el paso del Estado absoluto al Estado de Derecho”²⁰. Sin embargo, hoy día no puede sostenerse la “imper-

17 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, p. I-7

18 CASSAGNE, *ob. cit.*, p. 162. Siguiendo la obra del autor uruguayo Aparicio MÉNDEZ, enseña que “la relación orgánica suele ser distinguida de la relación de servicio. En la primera, la persona física titular del órgano actúa en la organización, identificándose con ella, mientras que en la relación de servicio el agente público es titular de derechos y obligaciones entablándose una relación jurídica de tipo inter subjetiva”.

19 No es casual el énfasis con el cual MARIENHOFF señaló esta circunstancia. En reiterados pasajes de su obra se encargo de puntualizar: “los órganos que, como tales, integran una persona jurídica, no pueden considerarse como sujetos de derecho, con personalidad jurídica distinta de la persona a que pertenecen. La personalidad, en tal caso, le corresponde a la persona jurídica...los meros órganos de una entidad no tienen personalidad: no son sujetos de derecho...Así, los órganos legislativo, judicial y ejecutivo, integrantes de la persona jurídica estado, carecen de personalidad, la cual le corresponde al estado.” (autor y obra citada, t. I, pp. 520-521).

20 CASSESE, Sabino, *ob. cit.*, p. 134.

sonalidad del poder” por el hecho de encontrar una Administración apropiada por el Estado. No existe más la necesidad de suponer la existencia de una ficción jurídica para “despojar a sus ejecutores de su capacidad de desear intereses personales, porque basta que los titulares de los órganos estén al servicio del pueblo soberano”. Así, si para Europa vale la máxima de “los empleados públicos están al servicio exclusivo de la Nación”, a nosotros nos basta el principio representativo contenido en la manda del art. 22 de la Constitución Nacional: “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”.

De esta forma, si bien esta teoría significó un avance en la conformación de la voluntad administrativa, no puede desconocerse que en los términos actuales de conformación del Estado, se contribuyó a conformar un vallado al control y un principio de desconexión en los circuitos administrativos, y en la organización administrativa en su totalidad. Finalmente, sobre estas conclusiones, deberá erigirse una nueva teorización en la cual sea la organización administrativa y no el órgano quien tenga el lugar preponderante.

III. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Se entienden por tales a aquellos de los cuales surgen reglas y normas organizativas dirigidas a establecer, ordenar, y regular las relaciones entre los componentes de la organización administrativa, la cual comprende tanto a las relaciones “interorgánicas” cuanto a las “intersubjetivas”. Si bien la generalidad de la doctrina se ha ocupado de su distinción, debe precisarse que por relación interorgánica se entiende a las que se refieren al ejercicio de las potestades de los poderes públicos frente a otros poderes públicos, las cuales, como se vio, tienen como partes a figuras subjetivas que no son necesariamente sujetos. Por su parte, las intersubjetivas consisten en relaciones que se dan entre figuras subjetivas que tienen la “cualidad” de sujetos²¹. Recuérdese que en su acepción doctrinaria tradicional, sólo las últimas resultan controlables. Es por esto que, como fuere adelantado, se propondrá el control y revisión pleno de los actos anudados bajo relaciones interorgánicas; no sólo por virtud del principio de plena revisión, sino básicamente porque todas estas relaciones, son relaciones jurídicas²².

Ello supondrá, que los principios jurídicos de organización administrativa sean formulados no ya desde la prerrogativa o privilegio estatal, sino en garantía y seguridad del particular para exigir una administración eficiente, contextualizada en un marco de ac-

21 GIANNINI, Massimo, *Diritto Amministrativo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 285.

22 Esta es una postura que se abre paso día a día en la doctrina. Autores como GORDILLO, BIDART CAMPOS, SPISSO y tantos otros han ya teorizado con mucha mayor profundidad las implicancias de este pensamiento. Por ello para una mejor comprensión del tema, sugiero al lector ahondar en el análisis de sus textos. No obstante ello, me parece oportuno citar las expresiones del célebre catedrático italiano Massimo GIANNINI, quien al respecto señaló: “las relaciones interorgánicas no formalizadas son también relaciones jurídicas: la relación entre el soberano absoluto y los estados generales es una relación jurídicamente definible. En el estado moderno existe la formalización de dichas relaciones no solo en el sentido de una mayor extensión, sino también en el sentido de que se da un principio general de organización que impone esta definición como una regla; es decir, un principio normativo de formalización. La función de dicho principio está vivamente debatida entre sociólogos y políticos: garantías de las libertades, equilibrio de poderes, control recíproco de poderes, necesidad de asegurar niveles mínimos y máximos para el desarrollo de funciones. Es probable que en el terreno jurídico no se pueda individualizar una sola función, sino que antes bien existan todas al mismo tiempo”. (obra y autor citado, nota a la p. 286).

tuación temporal y regional determinado. Desde esta perspectiva la organización administrativa argentina para lograr su legitimidad necesita satisfacer las garantías constitucionales consagradas por el ordenamiento supranacional de los derechos humanos, lo cual implicará una adecuación de los principios rectores de su estructura -a abordar a continuación- al igual que el procedimiento.

Al estudiarse “los principios”, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, y las normas de procedimiento administrativo, hacen alusión a los siguientes: Jerarquía, competencia, avocación-delegación, y centralización-descentralización.

En su acepción tradicional ello obedece a que constituyen los pilares básicos sobre los cuales se organiza y estructura el andamiaje del poder estatal. Como lo señalara Marienhoff: “esencialmente, el poder de organización se concreta en la estructuración de órganos y en la atribución de competencias, o más bien dicho, en la asignación de funciones a dichos órganos”²³. A lo que pueden agregarse las reflexiones de Diez, para quien la organización administrativa es “un conjunto de normas que regulan las atribuciones, la composición y el funcionamiento de un aparato administrativo” siendo su finalidad esencial “la coordinación entre los distintos organismos”. Desde esta perspectiva, expone con claridad que por organización administrativa ha de entenderse: “el conjunto de reglas de derecho que determina la competencia de los órganos por los cuales manifiesta su voluntad el Estado, sus relaciones jerárquicas, su situación jurídica, su forma de actuar, cómo debe controlarse su acción, cómo debe coordinarse en interés de la unidad del Estado”²⁴.

Si bien estos principios serán analizados a continuación, entiendo que a partir del impacto de la supranacionalidad y la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos, la organización administrativa será vista -insisto- como garantía del particular, todo lo cual contribuirá al reconocimiento de “otros principios”, que aseguren esta pretendida vigencia. Me refiero a los siguientes: publicidad de los actos de gobierno, cooperación, programación - desarrollo y control de gestión, servicio efectivo.

A continuación analizaré el contenido de los principios expuestos.

1. Jerarquía

No cabe duda de que se trata de un principio esencial y que permite explicar en la historia la organización y funcionamiento de toda estructura de poder, sea político, económico o religioso. Pero como tal, no cabe establecer un contenido universalmente predicable a todas las estructuras, sino que su formulación debe respetar la peculiaridad de cada ámbito de aplicación. O dicho de otra forma, no puede sostenerse su importación acrítica de un modelo junto con sus respectivas construcciones jurisprudenciales.

Si bien se trata de un principio basal, para su aplicación deberán observarse las distintas graduaciones vinculadas a las circunstancias fácticas y momento histórico de una organización, las amplitudes normativas, las garantías constitucionales y la concepción filosófica política del poder y la libertad imperantes en el Estado que se trate²⁵.

23 Autor y obra citada, t. I, p. 511. En sentido concordante, FORSTHOFF, SPIEGEL, y ALESSI.

24 DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. II, pp. 21, 22.

25 El método de análisis expuesto permite apreciar la inaplicabilidad de los conceptos construidos por MARIENHOFF a las relaciones de empleo y función pública establecidos con posterioridad a la Reforma constitucional del 1994, en virtud del impacto del ordenamiento supranacional de Derechos Humanos.

La importancia de reparar en estas aclaraciones previas se comprende a poco de reparar en el impacto que posee su tratamiento normativo. Es valor entendido que el principio de jerarquía “ha sido siempre un instrumento político fundamental cuyas consecuencias jurídicas negativas se han conocido desde antiguo, aunque curiosamente la Ciencia de la Administración no se ha preocupado de analizar el fenómeno y describirlo”²⁶. Se explica entonces la necesidad de iniciar una reconstrucción teórica. Si bien excede el objeto del presente, baste con formular algunas apreciaciones que partiendo de formulaciones hipotéticas orienten en futuros estudios. Para ello y procurando una mejor claridad expositiva, iniciaré reseñando la concepción tradicional.

La doctrina definió a la jerarquía como “el conjunto de órganos armónicamente subordinados y coordinados”. Se trata del principio que los reduce a unidad dado que constituye una relación entre órganos de una misma persona jurídica²⁷.

En los términos de Villegas Basavilbaso, el principio es visto como “una relación de superioridad de los órganos superiores respecto de los inferiores”²⁸, y años más tarde Marienhoff reitera la caracterización en estos términos: “la relación de supremacía de los funcionarios superiores respecto a los inferiores y de subordinación de estos a aquellos”²⁹.

Por su parte, Rafael Bielsa definió la jerarquía en idénticos términos³⁰. Solo añadió: “la dependencia de los funcionarios referida a un centro constituye, pues, base o sistema de coordinación, y considerando este sistema respecto de los funcionarios, forma lo que se llama “jerarquía administrativa”³¹.

Se puede establecer en la doctrina contemporánea, encarnada en el Profesor Gordillo, una sistematización de las nociones anteriores. El autor encuentra en la jerarquía “una relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí los órganos de la administración mediante poderes de subordinación, para asegurar la unidad de acción”³².

Finalmente en el plano comparado interesa rescatar la noción de Baena de Alcázar, quien se ajusta al concepto de Gordillo en estos términos:

[...] la vertebración de las organizaciones mediante la distribución de los órganos en escalones sucesivos subordinados unos a otros, existiendo en dicha organización unas relaciones despersonalizadas que se basan en la obediencia a los titulares de los órganos de acuerdo con normas reglamentarias³³.

Con exacerbación del poder por sobre la libertad, en forma terminante MARIENHOFF iniciaba su explicación sobre el principio de jerarquía diciendo: “no se concibe una organización administrativa donde todos los individuos adscritos a ella -funcionarios y empleados- tuvieren igual rango, lo cual impediría que unos dieran órdenes y otros las cumplieren...imperaría el caos y todo sería inoperante. De ahí la existencia de superiores y de inferiores vinculados entre sí por una relación de supremacía y de subordinación”. (Autor citado, *Tratado...* t.I, p. 591, acápite 191).

26 PALOMAR OLMEDA, *ob. cit.*, p. 92, siguiendo a NIETO GARCÍA, “La jerarquía administrativa”, *Doc. Administrativa* n° 229 (enero-marzo 1992).

27 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I p. 184, siguiendo las formulaciones de los autores españoles SANTA MARÍA DE PAREDES y GALLEGO ANABITARTE.

28 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, p. 270.

29 Autor y obra citados, t. I, p. 592.

30 Si el lector compara las fuentes de las notas al pie de los autores citados descubrirá que la identidad textual de conceptos obedece a haber extractado la noción brindada por el Profesor uruguayo Aparicio MÉNDEZ en sus obras *Teoría del Órgano y La Jerarquía* (pp. 33 y ss.).

31 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 14.

32 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. XII-31. No hay duda de la claridad expositiva que refleja su definición dado que atempera el rigor exacerbado de las formulaciones anteriormente comentadas.

33 BAENA DE ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la Administración*, Madrid 1985, p. 73.

Caracterizando sus elementos explica la doctrina que la línea jerárquica se forma por el conjunto de órganos en sentido vertical, siendo que el grado es la situación jurídica que cada uno de los órganos ocupa en dicha línea³⁴. De esta manera la relación jerárquica se determinará siempre que haya superioridad de grado en la línea de competencia y al mismo tiempo identidad de competencia en razón de la materia entre los órganos superior-inferior³⁵.

De las nociones expuestas se aprecia que durante casi cien años, tanto en el derecho argentino como en el comparado, el concepto “jerarquía” no ha sido para los autores mas que el agrupamiento de “una serie de órganos”³⁶ bajo una intensa potestad de sujeción, llamada “poder jerárquico”³⁷. Esto engendró algunas consecuencias.

En primer lugar “el poder jerárquico” determinó una vinculación de connotaciones negativas propias de la relación feudo-vasállica, por implicar “el sometimiento de unos funcionarios a la autoridad de otros”³⁸. Esta es la concreción del concepto “subordinación”, manifestado por el “deber de obediencia”. En este orden de ideas se sostuvo que “la subordinación tiene carácter absoluto” pudiendo también incidir en la vida privada del funcionario. Ahondando esta línea argumental se llegó a sostener, incluso en el ordenamiento positivo, que “para algunos funcionarios ese deber es mas riguroso que para otros; así ciertas categorías deben requerir autorización para contraer matrimonio, suministrando al respecto los datos personales del futuro cónyuge”³⁹.

Si bien estos conceptos han perdido legitimidad, sus formulaciones teóricas y previsiones normativas al mantenerse incólumes, reclaman de un profundo replanteo de las categorías desde las cuales se teorizó.

En segundo lugar, al llevar implicada una relación de superioridad de órganos incardinados bajo los principios de línea y grado, reduce la organización a esto: una serie de órganos. Esto genera otra connotación negativa consistente en la más absoluta despersonalización de la relación jerárquica. Este rasgo fundante de la organización burocrática ha demostrado ser rígido, poco dinámico e ineficaz. Sugiero reparar en lo siguiente:

El proceso de plasmación normativa de las principales potestades y efectos de la jerarquía, fue contemporáneo con el modelo de burocracia construido por Weber a principios del siglo XX. Este modelo contendría tres características estructurales típicas: la rígida división del trabajo por competencias, establecida a través de normas objetivas, que constituiría la dimensión horizontal del modelo; la continuidad de los órganos administrativos y la estructura jerárquica, que completaría el modelo en su dimensión vertical⁴⁰.

En su contexto histórico, esta estructura de órganos alineados en relación jerárquica, dio respuesta a la exigencia de la revolución industrial de decisiones rápidas y previsibles, estableciendo una red geométrica de estructuras y procesos diferenciados. De esta

34 CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 184.

35 GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, p. XII-32. En estos términos explica la tradicional “organización administrativa lineal”, con una dirección en estricta línea jerárquica directa. Sin embargo resulta de interés sus innovadoras apreciaciones que se citan a continuación: “se propugna el sistema de doble o múltiple comando, en el cual se admite la relación de jerarquía, no solo por parte de los superiores jerárquicos directos, sino también por parte de otros superiores, siempre, desde luego, que las ordenes se refieran a las tareas propias del inferior”.

36 NIETO GARCÍA, *ob. cit.*, p. 23.

37 V., BIELSA, Rafael, *op. cit.*, p. 15.

38 BIELSA, *op. cit.*, p. 15.

39 MARIENHOFF, Miguel, *Tratado...*, t. I, Ed Abeledo Perrot, edición 1964, pp. 595-596.

40 Para una mejor comprensión de las ideas expuestas se sugiere consultar la obra de WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1944.

manera, las formas de legitimidad surgidas con el ideal racional-weberiano partían de un ejercicio del poder rigurosamente impersonal. Con tales elementos este esquema implicó un gran avance ya que superó el desorden y la tortuosa arbitrariedad de las antiguas administraciones señoriales.

Es entonces que tienen nacimiento algunas de las potestades inherentes a la jerarquía, que la doctrina uniformemente calificó como de: dirección, supervisión, revisión de actos y fiscalización⁴¹.

Pero esa situación compatible con el bajo nivel de prestaciones que el Estado de principios del siglo XX debía asumir, resultó menos adecuada al aumentar el intervencionismo estatal y al modificarse luego sus fines. Los ulteriores procesos políticos y económicos provocaron un cambio de tal entidad que tornaron obsoleta esta estructura de trabajo. Ello determinó -en algunos modelos- que el poder impersonal, cuya expresión paradigmática sería la máxima “gobierno de las leyes y no de los hombres”⁴², fuese adquiriendo características cada día más personalizadas. La introducción de grupos antagónicos en el poder modificó el proceso decisorio y la base de legitimación, que si antes se fundamentaba en la superioridad del poder impersonal, ahora lo es en la relación personal, basada más en el resultado y la eficiencia que en la legalidad o conformidad con los procedimientos⁴³.

Sin embargo, en otros modelos como el nuestro, a contrario del cambio operado en el plano filosófico Político y el rol de Estado, se solidificaron los postulados de la jerarquía, se mantuvieron -en algunos casos se forzaron- las facultades que el poder jerárquico entrañaba, generándose una disfuncionalidad y consecuente pérdida de legitimidad del ordenamiento⁴⁴.

Sólo en fechas relativamente recientes ha sido sustituida esta visión material por otra muy distinta que centra la jerarquía no en órganos sino en el modo peculiar en que estos se estructuran, sustituyéndose la dependencia orgánica por la dependencia funcional, dadas las fuertes críticas que se le han formulado y la deslegitimación que el “valor social jerarquía” ha experimentado en los últimos años. Así señala Santamaría Pastor que a este fenómeno de descrédito contribuye la desconexión entre el principio real de jerarquía y la jerarquía funcionarial.

De allí, la moderna tendencia de la organización administrativa de recurrir a organigramas matriciales con desconcentración de los niveles de decisión, que sustituyan las vetustas estructuras piramidales basadas en rígidas líneas de mando. Esto demuestra la necesidad de replantear el alcance del poder de dirección y de las técnicas para dirigir, más allá de las “autorictas personales”⁴⁵, la que debe ser reemplazada por el liderazgo de la persuasión.

41 En la doctrina argentina, CASSAGNE ha sistematizado los principales efectos que se derivan de dichas potestades nacidas de la relación jerárquica. Por ello recomiendo ampliar en su obra (autor y obra citada, pp. 184 y ss.).

42 En este punto se recomienda ampliar en la obra de BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, 1984, pp.148 y ss.

43 Sobre las cuestiones relativas al policy-making se sugiere ampliar en la obra de SUBIRATS, Joan, *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*, Parte I, INAP, Madrid,

44 Debe advertir el lector que España no ha sido ajena a la disfuncionalidad denunciada. Prueba de ello lo constituyen diversas previsiones de la “Ley de Procedimiento Administrativo” del 17 de julio de 1958, que exteriorizan las potestades jerárquicas criticadas. Así a las potestades de dirección del art. 7º le corresponden estrictas de avocación y sujeción del art. 8 incs. “cuatro” y “cinco” mediante las cuales se prohíbe a los inferiores “requerir de incompetencia a otro jerárquicamente superior”, y se autoriza a los superiores a resolver su competencia “si así lo entienden”. (*Procedimiento Administrativo*, Ed Segura, Madrid, 1983).

45 Autor citado, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1998, p. 943. En igual sentido ver en OLMEDA, Palomar, *ob. cit.*, p. 95.

Debido a que las principales facultades y efectos que confiere la jerarquía se nuclean en torno a diversas potestades como las de avocación y delegación, entiendo necesario formular a continuación algunas consideraciones relativas a su atributo fundamental: la potestad.

A. Referencia sobre la noción de potestad

Enseñaba Santi Romano que en la escala de las manifestaciones jurídicas subjetivas, el poder y la potestad aparecen muchas veces como un momento intermedio entre la capacidad y el derecho subjetivo: es consiguiente a la primera, pero precedente respecto del segundo, un preliminar y un presupuesto de este último, como la capacidad es preliminar y presupuesto del poder. De ello se sigue que un poder, como manifestación directa y primaria de la capacidad jurídica, no puede ejercitarse más que en el presupuesto de que se tenga un cierto derecho o título jurídico preexistente⁴⁶. Por esto no se traduce en una relación, está por encima de las relaciones singulares y es limitado y condicionado -en su vigencia- al respeto de esos “límites”. De esta forma se presentan deberes negativos, atinentes a la observancia de sus límites, y positivos por los cuales deviene obligatorio ejercitarlo de un modo determinado. Esto último funda el carácter de irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de la prerrogativa, que dará como consecuencia la distinción entre “potestad” y “derecho subjetivo”, que impide hablar de derechos potestativos y su consecuente posibilidad de renuncia. Las notas que los distinguen son las siguientes:

En primer lugar, la potestad es general, y ejercida sobre una pluralidad de personas, sea esta determinada o no. Ello determina que en su ejercicio, dicho poder, continúa único e inagotablemente idéntico no resolviéndose en tantos poderes distintos cuantos sean aquellos casos en los que se verifican sus relaciones.⁴⁷ Esto último, como sucede en el plano relacional de los derechos subjetivos que se despliegan y se contienen dentro del círculo de una actual y concreta relación con una cosa y un sujeto determinado.

En segundo lugar, la potestad que es normativamente habilitada por el principio de legalidad preexiste a las relaciones y derechos que por consecuencia serán anudadas. Luego se afirma la posibilidad de que del ejercicio de un poder nazcan relaciones jurídicas. En cambio el derecho subjetivo es una posición jurídica establecida en el contexto de una relación, si bien creada su favor por el derecho objetivo mediante un concreto mandato jurídico pero que no la preexiste; del derecho subjetivo no nacen relaciones jurídicas.

Corolario de la anterior es la siguiente; la potestad no es facultativa, los derechos sí. Todo derecho subjetivo se resuelve en un número más o menos amplio de facultades, las cuales son pasibles de renuncia y de subrogación. La potestad es irrenunciable, debe ejercerse, y su no ejercicio a más de acarrear la responsabilidad estatal por omisión, legitima al particular a su reclamo judicial.

En cuanto la índole de las relaciones, en la de potestad se aprecia con mayor o menor intensidad una relación “de sujeción” en la que se encuentran los sujetos pasivos de ella.

Concretando la anterior se aprecia una distinción fundamental; la potestad entraña la competencia para el dictado de actos normativos, mientras que el derecho subjetivo es la cristalización del status jurídico enmarcado por la potestad normativa.

⁴⁶ ROMANO, Santi, Voz “poderes potestades”, *Diccionario Jurídico*, pp. 345 y ss.

⁴⁷ Es el principio formulado por Santi ROMANO de inagotabilidad e identidad del poder a través de los singulares ejercicios suyos, autor y obra citada, p. 319.

2. Competencia

Junto con el principio de jerarquía, constituye uno de los pilares fundantes de la organización administrativa en su acepción tradicional y elemento esencial de validez del acto administrativo, como -para el caso argentino- se establece en el art. 3° y 7° de la Ley de Procedimientos Administrativos⁴⁸.

Se la entiende como el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer, siendo por ello una suerte de medida de las actividades que conforme el ordenamiento corresponden a cada órgano administrativo; es su aptitud legal de obrar⁴⁹. También se ha dicho que la competencia es lo que verdaderamente caracteriza a una repartición administrativa y la distingue de otra, en virtud de lo cual pudo ser definida como el complejo de funciones atribuido a un órgano administrativo, o como la medida de la potestad atribuida a cada órgano⁵⁰.

Como lo enseña el Profesor argentino Dr. Julio Comadira; “la competencia surge, según los casos, de la Constitución, las leyes o los reglamentos dictados en su consecuencia. Es objetiva, ya que solo puede surgir de una norma”⁵¹.

Desde esta concepción doctrinaria se han enarbolado algunas de las siguientes consecuencias jurídicas: que la competencia es objetiva, por encontrar sus bases en una norma preexistente que perfila su aptitud con sustento en el principio de la especialidad, que es obligatoria, por el deber de efectuar la actividad dentro de las atribuciones conferidas, y, finalmente, su carácter de improrrogable e irrenunciable.

Sin embargo, la contracara de lo expuesto genera algunos interrogantes. Así, respecto de la obligatoriedad se afirma que por dicho carácter la competencia no constituye un derecho subjetivo. Precisamente, se sostiene que constituye una obligación del órgano dado que [la competencia] es un concepto de la esfera institucional, en la cual los derechos subjetivos son desconocidos⁵². Siendo ello así, podría pensarse que las cláusulas de las leyes de procedimientos administrativos se encuentran desvirtuadas, ya que al no reconocerse el derecho a reclamar su vigencia, se torna abstracta. Ergo, si no es exigible, lo obligatorio deviene en facultativo.

En base a la especialidad se sostiene que ella debe surgir de norma expresa, fundado en su distinción con la capacidad de los sujetos privados, por cuyo conducto se afirmó que la competencia es la excepción y la incompetencia la regla. Pero sucedió que paralelamente a la construcción del postulado de la permisión expresa, se erigieron las teorías de las competencias implícitas e inherentes, de lo cual resulta que además de lo expresamente establecido en la norma, el agente podrá realizar otras funciones no expresadas

48 El art. 3° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos n° 19549, establece: “La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario”. Por su parte el art. 7° inc. a), del citado cuerpo normativo, al establecer los requisitos esenciales del acto administrativo, estipula lo siguiente: “son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: competencia a) ser dictado por autoridad competente”.

49 GORDILLO, Agustín, obra citada, t. I, p. XII-8 siguiendo a SAYAGUÉS LASO.

50 MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 570.

51 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p 116 y 117.

52 Cfr. MARIENHOFF, Miguel, obra citada, t. I, p. 571.

pero que condigan con la misma finalidad⁵³. Ergo, si para evaluar la validez de un acto administrativo debo atender a la finalidad y a lo implícito en lo expreso, me pregunto entonces cuál es la vigencia del principio de la competencia expresa.

Si bien el principio de competencia genera un sinnúmero de interrogantes que exceden al presente, las cuestiones planteadas evidencian la necesidad de un nuevo enfoque del tema, mediante el cual se conecten sus distintos niveles de argumentación, ya que como se verá el problema tiene su raíz en el campo normativo.

Si se analizan los textos legales, se verá que las competencias de las reparticiones son establecidas con carácter genérico. De la misma manera, la reglamentación, que debiera tener por objeto especificar las funciones establecidas por ley, las desarrolla de manera ambigua -cuando no yuxtapuesta- entre los diversos órganos que componen la repartición. Es lo que sucede con las llamadas “misiones y funciones” y las “responsabilidades primarias” que en lugar de establecer un núcleo de habilitaciones competenciales, se limitan a la enunciación de una cantidad de finalidades. Siendo ello así, los deberes de actuación quedan difusos y con ello se reduce el ámbito de certeza y la consecuente posibilidad de ejercer controles efectivos sobre el desempeño institucional de las áreas administrativas.

Así, creo necesario pensar en un punto de partida que permita reconectar la teorización de las competencias administrativas con una realidad que se nos muestra bien diversa. En primer lugar, puede postularse el reemplazo de la ecuación “competencia-deber”. Ello, dado que la praxis nos exhibe la complejidad, multiplicidad e imprevisibilidad de la acción estatal. Ésta, hace imposible la predeterminación de las competencias a través de normas precisas, ya que nunca se presenta la actividad administrativa como una traducción automática de prescripciones generales en prescripciones concretas⁵⁴.

De esta forma, ya no se hablará de la competencia como “medida de poder”, sino como atribución de funciones a los integrantes de un órgano estatal. De ello se sigue que si las grandes reparticiones del Estado tienen atribuciones en su conjunto y cada uno de los órganos que las componen tiene su propia competencia⁵⁵, ésta resulta sólo una unidad de medida de distribución interna de funciones.

Lo expuesto, si bien puede atenuar el contenido de los caracteres tradicionales, llevará consigo el desarrollo de otros principios de organización administrativa de cariz procedimental que permitirán una reconexión con los particulares, destinatarios del quehacer estatal. Tales principios serán analizados mas adelante.

3. Las técnicas erigidas a la jerarquía de principio

Hasta aquí se trataron aquellos principios de organización administrativa que resultan uniformemente receptados por los ordenamientos particulares, y, reconocidos, por la doctrina especializada como umbral mínimo de validez de cualquier diseño de repartición pública, sus reglamentos operativos y el régimen de validez de sus actos. Sin embargo, me parece útil plantear la necesidad de diferenciarlos respecto de otras técnicas

53 En este sentido, explica Juan Carlos CASSAGNE, que el principio de la especialidad no desplaza la posibilidad de que la aptitud del órgano surja en forma expresa o implícita de una norma. La especialidad surge de la finalidad de la norma. (Autor citado, *Derecho Administrativo*, pp. 208, 209).

54 Cfr. GIANNINI, Máximo, *op. cit.*, p. 240 y CASSESE, Sabino, *op. cit.*, p. 333.

55 Cfr. GIANNINI, *op. cit.*, p. 239.

organizativas, que tradicionalmente fueron equiparadas a la jerarquía de principios, acaso para legitimar actuaciones de poder, en algunos casos, con mengua de los derechos individuales. Así, se abordaran seguidamente el contenido de las siguientes técnicas: avocación y delegación, centralización y descentralización.

A. Avocación y Delegación

Atributo de la potestad jerárquica, la avocación es la posibilidad de que el superior ejerza competencia que le corresponde al inferior. Con un criterio restrictivo de la competencia, hay autores que recaban la expresa habilitación legal para su ejercicio⁵⁶. Sin embargo el sistema que presentan las normas de procedimiento administrativo da cuenta de la creación de una autorización genérica salvo idoneidad específica o previsión legal en contrario.

A diferencia de la delegación en la cual los efectos son continuos hasta el acto de su revocación, en la primera no se precisa de un acto de autorización para ejercerla; en el ordenamiento ella surge como una potestad inherente a la superioridad jerárquica. Esto no resulta compartido por Gordillo quien señala que sus efectos se agotan con cada uno de sus ejercicios dado que es competencia primordial del inferior, mientras que en la delegación la competencia es del superior.

Es necesario distinguir la delegación de la descentralización, y la desconcentración, diciendo que en la primera de las figuras no se opera una modificación de las estructuras administrativas, como sí sucede en las restantes. La delegación es una técnica que sólo incide en la llamada “dinámica administrativa”, es un medio jurídico concreto e individual para desgravar en forma temporal, el peso del ejercicio de la competencia propia⁵⁷.

B. Centralización y Descentralización

Por intermedio de la centralización las facultades decisorias se encuentran reunidas en los órganos superiores de la repartición de que se trate⁵⁸; de ahí que la desconcentración sea una técnica recurrible para su morigeración, por consistir en la atribución de “porciones de competencia” a órganos inferiores de la misma repartición, y por ello no es abordada aquí como un principio de organización administrativa.

Con acierto ha señalado Giannini que la descentralización “ha sido objeto de discusión mas por parte de políticos que por parte de los juristas, con un resultado de confusión nada común”⁵⁹. Formalmente se trata de un sistema contrario al de la centralización, en el cual se sustituyen las reglas jerárquicas por las de supervisión, que no es otra cosa que el poder de tutela exteriorizado en las previsiones del recurso de alzada previsto por las normas marco de procedimiento administrativo.

56 Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, GORDILLO entiende que su ejercicio no es legítimo salvo que la ley la haya autorizado, *op. cit.*, p. XII-26

57 Conf. Sostiene el Profesor Agustín GORDILLO, *op. cit.*, p. XII-23.

58 Así, sostiene GORDILLO que la centralización es el estadio más primitivo en la evolución estructural de la Administración Pública. (*Op. cit.*, p. XIV-1).

59 Autor y obra citados, p. 289.

Este es quizás el principio que apunta directamente al modelo de Estado ya que se identifica con la transferencia del poder desde una estructura centralizada a otros centros situados en la periferia que tienen, a partir del momento de la transferencia, poder de decisión sobre los asuntos y competencias objeto de la misma⁶⁰. Se distinguen dos clases; la territorial y la funcional. En esta segunda el acento se coloca no en el trasvase territorial sino en el trasvase funcional específico.

Entre los efectos jurídicos de la descentralización se cuentan: personalidad jurídica propia del organismo descentralizado, asignación de partida presupuestaria para su ejecución, y potestad de administrarse a sí mismas.

4. La jerarquización de otros principios

Mas arriba señalé que en mi opinión, la reformulación de los principios tradicionales de jerarquía y competencia precisaban no sólo del establecimiento de contornos más precisos, sino también del desarrollo de otros que establezcan mecanismos de inmediatez tanto de los particulares con la Administración cuanto de la organización pública entre sí. De allí su cariz procedimental.

Es útil aclarar que los principios que a continuación serán tratados modifican su concepción tradicional. Ello por cuanto los principios abordados fueron pensados como mecanismos auto-organizativos de circuitos y niveles internos de las estructuras burocráticas. Como contrapartida, esta nueva visión que dan los principios que se pasan a tratar, invita a su replanteo a la luz de la técnica constitucional argentina, que antepone el sistema de derechos al sistema de poder. Si bien un análisis de mayor extensión excede el propósito de este trabajo, me limitaré a su formulación y planteo de sus notas esenciales.

A. Publicidad de los actos de gobierno

Si bien se destaca el neto contenido procedimental de este principio, se enlaza con el principio de transparencia que es claramente instrumental en el ámbito de la Administración, introducido por conducto de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 24.759 en adelante CICC). Así, su impacto en la organización administrativa reside en el deber que tiene la Administración de conformar su aparato burocrático y establecer sus circuitos internos de manera que se asegure al particular la publicidad de toda la gestión pública, entendida como el acceso en tiempo oportuno a la información adecuada y veraz de la gestión.

Por ejemplo, en materia contractual los efectos de la CICC determinan la obligatoriedad para la Administración de dar a publicidad -mediante su publicación en el Boletín Oficial- toda contratación administrativa, incluso las contrataciones directas. Con acierto señala Gordillo que con ello la Administración “no pierde la facultad de contratar directamente, pierde la facultad de hacerlo en secreto y sin debate. La contratación directa que conocíamos queda modificada para siempre con esta norma”⁶¹.

60 OLMEDA, Palomar, *ob. cit.*, p. 96.

61 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. XVI-13.

Asimismo este principio se encuentra reconocido -en Argentina- en el art. 1º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al establecer: “todos los actos de gobierno son públicos”.

Es claro que la mentada publicidad o “transparencia” es una forma de control de la actuación administrativa por la facultad que otorga al particular de conocer el funcionamiento de la Administración en general y de cada antecedente o expediente, en particular. Y sus consecuencias van mas allá de la toma de conocimiento y el acceso a la información: si la publicidad se integra como uno de los principios de la organización administrativa, y por imperio de la CICC de la contratación pública, de ello se sigue que su inobservancia por la Administración acarrea una violación estatal de tales principios, que habilitan la legitimación del particular para ocurrir a la sede judicial⁶².

Esta garantía se encuentra también reconocida en la Ley 104 de “acceso a la información” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al establecerse la facultad del particular de ejercer acciones judiciales expeditas para el acceso a la información. Más adelante volveré sobre algunas cuestiones que plantea el sistema.

Sin embargo con ello no basta. La formulación real del principio exige de la Administración su concreción en las distintas normas organizativas que deben ir recogiendo las diferentes formas de plasmar la transparencia, mediante técnicas que permitan su realización dentro de los circuitos internos de cada repartición⁶³, como condición de validez.

B. Cooperación

Unido al principio de coordinación, constituyen dos caras de una misma moneda y tienden a fomentar la interacción recíproca entre los distintos aparatos administrativos. Se encuentran llamados a regir el campo de las relaciones interorgánicas e intersubjetivas, y se refieren al conjunto de pautas de relación entre poderes. Así, partiendo del respeto a la “autonomía funcional” de cada parte o repartición pública, permite, mediante procedimientos acordados, el entendimiento de todos ellos.

Resáltese que su finalidad es garantizar al particular la toma de decisiones en forma conjunta por las distintas reparticiones en aquellos asuntos que afecten la determinación de competencias, o que las mismas resulten compartidas, o exijan articular una actividad común⁶⁴ la cual trascendiendo lo meramente potestativo, emerge como obligación jurídica para la Administración⁶⁵. Ya no basta el cumplimiento de metas o cometidos propios de cada repartición para excusar la responsabilidad del Estado, sino que reclama la acción conjunta de todo el aparato burocrático para la efectiva satisfacción del interés en juego.

62 GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, p. XVI-14, lo entiende como principio jurídico rector de la contratación pública conforme el art. III inc. 5º de la CICC.

63 Este tema ha sido mejor analizado por la doctrina española, destacándose la obra de SÁNCHEZ MORÓN, “El principio de participación en la Constitución Española”, *RAP* n° 89, Madrid, 1989, y OLEDA, Palomar, *op. cit.*, pp.116 y ss.

64 Se sugiere ampliar en la obra de HERNÁNDEZ LAFUENTE, “Coordinación, colaboración y cooperación. El desarrollo del principio de cooperación”, *El funcionamiento del Estado autonómico*, Madrid 1996.

65 Habrá de tenerse presente la opinión del Prof. CASSAGNE quien lo entiende en sentido diverso al de esta obra, al señalar que “en la doctrina no existe acuerdo acerca de algunos otros principios como el de unidad y el de coordinación. El mismo constituye en realidad un requisito de toda organización y su base, no revistiendo carácter jurídico” (autor citado, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 183).

Dada la virtualidad de constituir un supuesto de responsabilidad del Estado por omisión, es que sus alcances no se encuentran clarificados por la doctrina extranjera. Así se ha entendido que su observación es voluntaria para la Administración y por ello no necesita invocación expresa, siendo un “principio finalista que enlaza con el objetivo o fin a perseguir”. Esta postura resulta matizada por quienes analizan una serie de supuestos en los que existe cooperación forzosa impuesta por ley...es lo cierto que en los supuestos indicados se produce una sustitución de la voluntad por una imposición de la norma hasta el punto de que la cooperación podría no estar aquí bien utilizada como concepto jurídico. Sin embargo adviértase que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha matizado su configuración como “facultad de cooperación” hasta el punto de hablarse de un “deber de cooperación”⁶⁶. En el mismo sentido, con carácter instrumental y no material la jurisprudencia del citado Tribunal se ha pronunciado respecto del intercambio de información como elemento de cooperación.

C. Programación, desarrollo de objetivos y control de gestión

Hasta el momento la Administración ha utilizado la técnica de los objetivos esencialmente para confeccionar sus presupuestos. Sin embargo, es una crítica común la fuerte desconexión entre la actividad o circuito presupuestario y la gestión, dado que en muchos tramos del circuito ambas se ignoran mutuamente y conviven como si se tratase de realidades perfectamente diferenciadas. Como lo explica Palomar Olmeda, una vez definidos los objetivos macro, se convierten cada vez más en algo ajeno a los intereses de las propias organizaciones. De allí la importancia y necesidad de que las normas incorporen esta formulación como uno de los principios jurídicos de la organización administrativa.

Por esto parto de la hipótesis de que no puede existir legitimidad en la organización administrativa si no se erige al control, entendido como un conjunto de actos que van desde la programación, supervisión del desarrollo y culminan en la revisión de gestión, como uno de sus principios jurídicos rectores.

En este punto debo señalar que si bien esta noción fue trabajada en la doctrina comparada, su “idea” no es extraña a la tradición nacional y ha sido motivo de advertencia por el antiguo Publicista argentino Rodolfo Bullrich, quien en 1921 escribió:

“Si la administración pudiese obrar a su albedrío, sin ninguna restricción, sería de temer que se violaran los derechos individuales y se lesionaran los intereses de los ciudadanos, cuyo patrimonio se vería absorbido por las necesidades crecientes del erario, pues la administración tiene detrás de sí la fuerza entera del gobierno, de tal manera que el pueblo se haya en cierta medida a merced de ella.” Y más adelante agrega:

[...] cualquiera sea la organización de los poderes públicos, en una monarquía absoluta o en un régimen representativo, la gestión de la fortuna del Estado, deben estar resguardados por un contralor eficaz y una contabilidad ordenada. Toda gestión requiere un control, así como todo mandato implica una rendición de cuentas. No es necesario realizar un gran esfuerzo de análisis para discernir los intereses sociales y económicos que pone en juego el contralor administrativo. La prosperidad financiera del Estado depende tanto de una sabia administración de los dineros públicos basada en un control severo.⁶⁷

66 Se tratan de las sta. 80/1985 y 125/1988, comentadas en la obra de MORELL OCAÑA, “Una teoría de la cooperación”, *Documentación Administrativa* n° 240 (octubre-diciembre), Madrid, 1994.

67 BULLRICH, Rodolfo, “Curso de Derecho Administrativo...dictado en la Facultad de Derecho de Buenos Aires por el Profesor Titular de la Materia”, Buenos Aires, 1932, pp. 112-113.

Esta ejecución por objetivos y por programas, implica una atenuación de las rígidas potestades de control jerárquico, y su reemplazo por técnicas que implican el autocontrol: en la medida en que se conocen y determinan a priori los requerimientos que la organización demanda de cada uno de sus componentes, se contribuye a una mejor medición de cumplimiento de los objetivos mediante el recurso a “indicadores de gestión”. Su importancia es más grande de lo presumible ya que pueden cumplir diferentes funciones, como el apoyo a la planificación y a la presupuestación, a la mejora de la gestión y la eficacia, y a la evaluación de políticas y programas públicos.

Piénsese, ¿Cómo podemos formular juicios de presupuestación y gestión si no contamos con evaluaciones de resultados para medir la idoneidad de la aplicación de los recursos?

D. Servicio efectivo

Lleva implicados los de participación y control por el particular. Tiende a que la Administración garantice al particular los siguientes extremos:

- a. la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con la Administración.
- b. la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas por el Gobierno y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinado al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios estatales, sus contenidos y los correspondientes standards de calidad.

Este principio formulado desde la corriente del *new public management*⁶⁸, hace a la posibilidad de participación y control permanente de todo particular que entre en relación con la administración, y tiene como efecto obtener una mayor libertad en la gestión de recursos y personal, y una mas oportuna medición del rendimiento. Como lo destaca Palomar Olmeda, se apunta a una figura que comienza a tener cierta implantación y que se ha identificado con la denominación “cartas de servicios”, que constituyen un instrumento de compromiso sobre “standards de gestión y calidad”, al que pueden ligarse criterios de resarcimiento ante el mal funcionamiento del andamiaje burocrático. En suma, concluye el autor, “el potencial de las cartas consiste en expresar un consenso sobre un modelo social que afecta al comportamiento y las responsabilidades, a los derechos y deberes, a las expectativas y a la confianza de funcionarios y particulares”⁶⁹.

No escapará que este precepto tiene también un cariz procedimental ya que una de sus aristas se centrará en la garantía de efectividad de las normas de procedimiento administrativo.

68 Si bien se desarrollará en otra parte de este estudio, para una mejor comprensión del tema sugiero ampliar en las obras de LÖFFLER, “La modernización del sector público desde una perspectiva comparativa: conceptos y métodos para evaluar y premiar la calidad en el sector público de los países de la O.C.D.E.” Documentos I.N.A.P. n° 8, Madrid, Julio 1996. También en LANE, Jan - Erik, *New Public Management*, Routledge, London, 2000

69 PALOMAR OLMEDA, *op. cit.*, p 125.

IV. REFLEXIONES FINALES

Los distintos modelos de organización administrativa desarrollados en los sistemas internos, me refiero en especial al caso argentino, no han sido pensadas desde la peculiar realidad a la cual debieran haber servido y que por ello, acaso no satisfagan las necesidades propias de sus contextos, agravándose ello a partir del reconocimiento de un proceso de crisis del Estado que desde tiempo atrás ha comenzado a transformar las esferas de actuación del poder.

Ello evidencia, que aún la teorización vigente no ha sido el producto de un pensar situado, sino que por el contrario ha sido el fruto de una incorporación acrítica de modelos. Es que, como señaló el politólogo norteamericano Dwight Waldo, varias décadas atrás: “El Estado es una institución humana, es humano de arriba abajo; no se basa solamente en un sistema formal, en capacidad y número, sino más aún en actitudes, entusiasmo y lealtad. No es ciertamente una máquina que se pueda desmontar, proyectar y montar de nuevo sobre la base de leyes mecánicas. Es más semejante a un organismo vivo. La reorganización del Estado no es una tarea mecánica. Es una tarea humana y ha de enfocarse como un problema de moral y de personal, a la vez que como una cuestión de lógica y organización”⁷⁰.

De ello se sigue que no puede disociarse el estudio de la Administración Pública misma, y, ésta, a su vez, de las especificidades del contexto al que se encuentra destinada a servir.

Siendo ello así, se piensa en la necesidad de reformular los postulados desde los cuales se construyó la concepción actual de la organización administrativa, que así permitan apprehender la nueva realidad que presentan nociones tales como la de “arena pública”⁷¹.

Relativo a la estructuración de sus principios jurídicos, estos podrán ser abordados no ya desde la prerrogativa, sino desde la óptica de los derechos fundamentales, con la consecuente vertebración de aquellas garantías instrumentales que otorguen a los individuos la posibilidad de utilizar herramientas concretas para exigir una administración eficiente, oportuna y eficaz, a partir de una reflexión contextualizada dentro de un marco de actuación temporal y espacial determinado.

Desde esta perspectiva, aprecio que la organización administrativa argentina, para lograr su legitimidad, necesita satisfacer las exigencias provenientes del plexo de derechos fundamentales especificados en su texto constitucional -con motivo de la reforma constitucional de 1994- no sólo por intermedio de sus nuevos derechos y garantías, sino por las ampliaciones producidas por intermedio de la recepción -en sus condiciones de vigencia- del orden público supranacional de los Derechos Humanos.

En consecuencia, lo anterior implica -desde mi perspectiva- la necesidad de que se produzcan en el plano normativo las adecuaciones necesarias y suficientes provenientes del nuevo orden constitucional -como plano superior- sobre los principios y reglas de organización, al igual que sobre el procedimiento administrativo.

70 WALDO, Dwight, *The administrative State*, Ronald Press Company, N.Y., 1961, p. 262.

71 Si bien la detenida consideración de esta noción excede en mucho el marco del presente, baste con señalar que “el paradigma de la arena pública comprende, por un lado, el espacio en el cual se desarrollan la actividad pública y el intercambio Estado- sociedad, y por el otro, es expresión de confin con la de “esfera pública” de origen habermasiano, que indica el espacio social en el cual se desarrollan diálogos y conflictos y que sirve para la transferencia de las demandas sociales al cuerpo político” (Cfr. SALOMONI, Jorge Luis, “Estudio Preliminar” en CASSESE, Sabino, *La Crisis del Estado*, p. 9).

Un pensar situado en esta materia debe partir de evaluar el modelo de estado, en crisis, dentro del cual se inscribe, ya que una organización administrativa establecida sin relación con la forma y la filosofía política del Estado en que funciona sería miope y estaría edificada sobre una base falsa. La organización administrativa debe llevar adelante la parte que le corresponde de las cargas del gobierno democrático. La administración sola, como fuerza social, es inadecuada⁷².

Es entonces que, para el caso concreto argentino -dentro de la realidad iberoamericana- el análisis debe tener su inicio en la consideración del impacto del orden público supranacional sobre nuestra organización administrativa, para que de manera efectiva, ésta, logre operar como una auténtica garantía instrumental para la protección y promoción de sus destinatarios, los particulares, individuales y colectivos.

72 WALDO, Dwight, *ob. cit.*, p. 264.

§16. SOBRE EL RÉGIMEN MUNICIPAL UNIFORME EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVARIANA DE VENEZUELA Y EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL

Fortunato González Cruz

Director del Centro de Estudios Provinciales y Locales
de la Universidad de los Andes CIEPROL-ULA

I. INTRODUCCIÓN

El régimen jurídico constitucional del Municipio en Venezuela está definido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela aprobada mediante referendo el 15 de diciembre de 1999, proclamada por la Asamblea Nacional Constituyente el 20 de diciembre de dicho año, publicada en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* del 30 de diciembre, y publicada nuevamente con modificaciones importantes el 24 de marzo de 2000, en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.453 Extraordinario. El texto constitucional establece el concepto y los principios que definen el Municipio, crea sus órganos, establece las competencias que le son propias y le atribuye unos ingresos. Estos principios son desarrollados en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal la cual fue promulgada el 8 de junio de 2005 y publicada en *Gaceta Oficial* N° 38.204 del mismo día.

La Constitución destina 17 artículos agrupados en el Capítulo IV denominado “*Del Poder Público Municipal*”, del Título IV “*Del Poder Público*”. El primer asunto que debemos destacar es la consideración de que el Municipio es parte del Poder Público, que se distribuye entre en tres niveles, siendo los otros dos el Nacional y el Estatal. La definición constitucional de Municipio está contenida en el Artículo 168 en los siguientes términos:

Los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y de la ley. La autonomía municipal comprende:

- La elección de sus autoridades.
- La gestión de las materias de su competencia.
- La creación, recaudación e inversión de sus ingresos.

Las actuaciones del Municipio en el ámbito de sus competencias se cumplirán incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, conforme a la ley.

Los actos de los Municipios no podrán ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y la ley.

La definición constitucional transcrita significa un retroceso respecto de la precisión conceptual lograda en la Constitución de 1961 (González. 2004). También ofrece debili-

dades desde el punto de vista doctrinario. El equívoco del constituyente está en colocar la autonomía como una consecuencia de la personalidad jurídica, cuando es al revés, es decir, por ser una unidad política primaria básica de la organización nacional, tiene autonomía, que es un componente conceptual y constitutivo del Municipio. La personalidad jurídica es un atributo de la autonomía. En efecto, la Constitución venezolana derogada definía al Municipio como “*la unidad política primaria y autónoma dentro de la organización nacional*”. Luego de un punto agregaba: “*Son personas jurídicas y su representación la ejercerán los órganos que determine la ley*” (art. 34)

La primera frase del encabezado del Artículo 168 define los Municipios como la unidad política primaria de la organización nacional, como lo reconoce la doctrina universal y las legislaciones de casi todos los países. Luego señala que goza de personalidad jurídica y autonomía, atributos esenciales al Municipio; no obstante hay que señalar, por las consecuencias que se verán más adelante, que esta redacción es inadecuada porque la personalidad jurídica del Municipio, tal como lo establece la doctrina, es una consecuencia inmediata y necesaria de la autonomía, no al revés como lo sugiere la alteración de los términos en la norma transcrita. Pero lo que más desdibuja la autonomía municipal es la posibilidad de su limitación por vía legislativa. Es éste el asunto más delicado y que menoscaba el concepto de Municipio porque deja abierta la posibilidad de que se establezcan nuevas limitaciones a la autonomía municipal mediante el proceso legislativo. En otras palabras, cuando se legisle sobre los contenidos y límites de la autonomía, sobre cada una de las materias en cuya atención concurre el Municipio, y casi todas son concurrentes con el Poder Nacional, o cuando se legisle sobre los ingresos, la tendencia será, eso se desprende de la experiencia, a limitar el campo de la acción municipal en beneficio del Poder Nacional. El Municipio tendrá escasas posibilidades de defender su ámbito local de actuaciones frente a las amenazas de ingerencia indebida de otras instancias territoriales de gobierno.

Sobre éste punto, el ex constituyente Allan Brewer-Carías afirma en sus comentarios a la Constitución que el esquema centralista de la Constitución del 61 no fue superado, y en cuanto a la autonomía municipal “*se encuentra interferida, al señalarse que los Municipios gozan de la misma, no sólo “dentro de los límites” establecidos en la Constitución, sino en la ley nacional (art. 168), con lo cual el principio descentralizador básico, que es la autonomía, queda minimizado*” (2004) Esta forma menguada de autonomía queda ratificada en el texto constitucional cuando se consagra en el último aparte del Artículo 178 el siguiente principio:

Las actuaciones que corresponden al Municipio en la materia de su competencia no menoscaban las competencias nacionales o estatales que se definan en la ley conforme a esta Constitución.

Este principio así concebido es poco menos que una declaración de minusvalía e interdicción del Municipio en casos de conflictos de competencias en los que el Municipio pueda verse involucrado.

También fue un gravísimo error el establecimiento de un rígido y detallado régimen municipal en el texto constitucional, porque le deja poco margen al legislador nacional y casi anula las posibilidades de legislar en el nivel estatal. Son 17 artículos la mayoría de ellos de una naturaleza reglamentaria, con errores conceptuales graves, mal redactados, confusos y hasta contradictorios. El mejor ejemplo es la disposición del único aparte del artículo 169 que dice lo siguiente:

La legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales relativos a los Municipios y demás entidades locales, establecerán diversos regímenes para su organización, gobierno y administración, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales, y otros factores relevantes.

La pregunta es obvia: Si el texto constitucional establece un régimen de gobierno, administración y control de Alcalde, Concejo y Contralor, ¿Es posible mediante ley crear un modelo distinto? El respeto al rango de superioridad de las normas constitucionales impide, como en efecto sucedió, que la Asamblea Nacional desconozca el esquema uniforme de gobierno en beneficio del principio de la diferenciación. Es un error de diseño del Municipio Constitucional imponer una organización uniforme y burocrática para todos los municipios del país. Ya no es posible pensar, por ejemplo, en una pequeña comunidad que pueda gozar de autonomía y tener un gobierno municipal “sostenible”, por decirlo de alguna manera. Dicho en otras palabras, ya no cabe la posibilidad, u ofrece serias dificultades, de diseñar un autogobierno local sin caer en una estructura burocratizada con un Alcalde, unos Concejales, un Contralor Municipal, un Consejo Local de Planificación Pública y una frondosa proliferación de funcionarios que devorarán las escuálidas rentas locales. Los sueldos del Alcalde, las mal llamadas dietas de los Concejales y los sueldos de la burocracia municipal consumen el grueso de los ingresos municipales¹ porque existe un error conceptual en la Constitución, error que repito no era de la Constitución de 1961 sino de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989. Se perdió la oportunidad de diseñar un Municipio que le permitiera a las pequeñas comunidades con suficiente grado de integración conformar un Municipio sin Alcalde, con unos Concejales ad honores y sin mas funcionarios que los estrictamente necesarios a los fines de lograr el autogobierno y la atención de las necesidades de la población. Piénsese, por ejemplo, en Güiripa del estado Aragua, en Los Roques, en La Mesa de Esnujaque del Estado Trujillo o en Los Nevados del estado Mérida. Se trata de pequeñas comunidades con un alto grado de integración, con gentilicio ganado en muchos años, con sus problemas y necesidades particulares que pueden administrar sus propios habitantes. ¿Por qué estas comunidades no pueden gozar de autonomía y constituir un autogobierno sin necesidad de pagar un Alcalde, unos Concejales y un tren de funcionarios, si cualquiera de los vecinos de seguro está dispuesto a distraer en provecho propio y de sus paisanos unas horas de su tiempo? Piénsese si es o no posible que incluso Caracas, con toda su complejidad, tenga concejales ad honores. No dudo que hay caraqueños que tienen su oficio y sus ingresos asegurados y la disposición para trabajar por Caracas incluso ad honores o con una dieta que sea compatible con otros ingresos. Lamentablemente con la promulgación de la nueva Ley Orgánica del Poder Público Municipal esta posibilidad quedó anulada al establecer requisitos mínimos que en la práctica impide la creación de nuevos municipios.

En materia del principio de la diversidad municipal se incurrió en otro error cuando dispuso, al final del único aparte del artículo 169 parcialmente transcrito, que “*En particular, dicha legislación establecerá opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponderá a los Municipios con población indígena.*” La Constitución ha podido prever la representación de los pueblos indígenas que viven en un Municipio, pero también ha podido señalar que los territorios indígenas no

1 Más del 60 % de los Municipios venezolanos consumen la totalidad de las transferencias llamadas Situado Constitucional en gastos de gobierno y administración, y sólo destinan en forma parcial a gastos de inversión las transferencias condicionadas (FIDES y LAE).

se organizan en Municipios, que es una figura española, sino de acuerdo con sus culturas, organización social, política y económica como lo reconoce el Capítulo VIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hay una evidente contradicción entre la disposición transcrita y el artículo 119 de la Constitución.

Otro error conceptual grave fue la disminución del control político del Alcalde y someterlo sólo a control administrativo. Es esencial a la naturaleza de los organismos parlamentarios el debate político y por lo tanto el conocimiento de la memoria y de la cuenta de la gestión del órgano ejecutivo, y esta función se le cercenó al Concejo Municipal por lo que ahora tenemos un Concejo Municipal disminuido y unos concejales casi inocuos porque carecen de funciones propias. Este error ha sido ampliado y profundizado en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal al disponer en una norma anodina e insustancial que el efecto de la negativa del Alcalde a rendir cuentas no acarrea sanción alguna, sino que abre la posibilidad para que el Concejo Municipal formalice la denuncia ante el Ministerio Público. Así lo dispone el artículo 91 que dice:

Pasados treinta días consecutivos de la oportunidad fijada para la presentación de la rendición de cuentas sobre su gestión o de las prórrogas concedidas por el Concejo Municipal o por la Contraloría Municipal, según sea el caso, sin que el alcalde o alcaldesa haya cumplido esta obligación de manera oficial, el Concejo Municipal o la Contraloría Municipal declararán, en la respectiva situación, la falta grave del alcalde o alcaldesa en el ejercicio de su cargo por omisión de deberes legales del mismo y será causal conforme a la ley, para solicitar la intervención del Ministerio Público a todos los efectos legales. Igualmente, se procederá en caso de no presentar oportunamente la rendición pública de cuentas, de la misma forma, cualquier ciudadano o ciudadana podrá acudir por ante la Fiscalía o Contraloría General de la República a denunciar este incumplimiento.

No obstante los errores antes anotados, algunos principios incorporados al Capítulo IV Del Poder Público Municipal son positivos porque ubican al Municipio como gestor del desarrollo local. Hay una significativa ampliación de las competencias municipales cuando se le atribuyen materias como la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, atención primaria de la salud, ordenación del territorio, educación preescolar; atención a la infancia, a la adolescencia y a la tercera edad; y discapacitados.

La Constitución venezolana incorpora principios que si bien forman parte de la naturaleza del Municipio, les da una singular importancia. El primero de estos principios es el de la participación ciudadana el cual se desarrolla en el primer aparte del Artículo 168 que dice lo siguiente:

Las actuaciones del Municipio en el ámbito de sus competencias se cumplirán incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, conforme a la ley.

El mandato no puede ser más explícito y se orienta al logro de la incorporación de la población en la gestión de los asuntos que le son propios. Se pretende, además, superar la mera declaración principista para avanzar en el establecimiento de garantías de efectividad, suficiencia y oportunidad, lo cual habrá que hacerlo en el proceso legislativo.

Otro mandato de la Constitución es el de legislar en los tres niveles territoriales de gobierno mediante la sanción de leyes de base u orgánicas en el ámbito nacional, leyes de desarrollo en el ámbito estatal, y ordenanzas locales.

Uno de los principios básicos es el de la diversidad municipal lamentablemente atenuado por la rigidez de la organización y determinación de competencias y recursos que la propia Constitución establece. Aparte de la necesaria referencia a la pésima redacción del artículo, lo que pretende es preservar la heterogeneidad de la realidad local venezo-

lana, y la adaptación del régimen municipal a cada realidad particular, dentro de una línea armónica que es evidentemente conveniente. No obstante esta declaración, la propia Constitución tiende al establecimiento de una rigurosa homogeneidad e impide la diversidad de regímenes. En efecto, el articulado establece un régimen de Alcalde fuerte y Concejo débil, crea la Contraloría Municipal y elimina a los prefectos civiles en todos los Municipios del país al señalar que el Alcalde es la primera autoridad civil del Municipio; además, denomina Municipio a las comunidades indígenas cuando ha podido preservar sus denominaciones ancestrales. Luego, en este mismo orden de ideas, la Constitución incurre en una enumeración de las competencias municipales sin tomar en cuenta el principio ya consagrado de la diversidad de regímenes, cuando ha podido dejar la materia a la legislación tal como lo previó en el artículo transcrito. El mismo error incurre cuando enumera los ingresos municipales. En consecuencia, es estrecha la franja dentro de la cual puede moverse la Asamblea Nacional y mucho menor la que le queda a los Consejos Legislativos Estadales para establecer regímenes municipales distintos al diseñado en la Constitución. En este error incurrió también la nueva Ley Orgánica del Poder Público Municipal al imprimirle mayor rigidez al Municipio.

Los otros dos principios enunciados en el último párrafo del único aparte del Artículo 169 se refieren a la naturaleza democrática y localista del modelo de organización que se asuma. La declaración es necesaria en particular para evitar las prácticas desnaturalizadoras del sistema democrático y los excesos en que puedan incurrir algunos Municipios en su afán por asumir competencias y prestar servicios que superan la naturaleza local y que necesariamente tienen un emplazamiento municipal.

El asociacionismo municipal está consagrado en la Constitución de 1999 cuando reconoce la conveniencia de los Municipios de asociarse en mancomunidades, distritos municipales, distritos metropolitanos, y otras modalidades asociativas. También establece la posibilidad de la creación de parroquias y otras entidades locales menores.

En cuanto al régimen de gobierno y administración de los Municipios, la Constitución actuó contra el principio de la diversidad municipal que ella misma consagra al adoptar un régimen único para todos los Municipios del país. El uniformismo en el régimen de gobierno y administración es una característica al disponer la separación orgánica de los poderes en todos los Municipios con independencia de la diversidad que pueda existir en la realidad municipal venezolana. El Alcalde en la nueva Constitución concentra la jefatura del gobierno, de la administración y es además la primera autoridad civil. Los requisitos para ser Alcalde los determina la Constitución cuando señala que se requiere ser venezolano, mayor de veinticinco años y de estado seglar. No se requiere la nacionalidad originaria para el desempeño de cargos concejiles salvo en los municipios fronterizos. El período del Alcalde dura cuatro años, se elige por mayoría relativa y puede optar a una sola reelección inmediata. El Concejo Municipal es un órgano legislativo con escaso poder de control. La Ley define el período de duración del mandato de los concejales en el artículo 82, fijándolo en 4 años, su número y condiciones de elegibilidad, así como las funciones del Concejo Municipal. Crea la Contraloría Municipal y le atribuye las funciones de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes del Municipio. Está a cargo de un contralor designado por el Concejo mediante concurso. Por último, crea un organismo colectivo denominado Consejo Local de Planificación Pública que preside el Alcalde e integran los concejales, los presidentes de las Juntas Parroquiales y representantes de los vecinos y de la sociedad organizada. Hay una concepción burocrática del Municipio que lo hace obeso y costoso.

También se ocupa la Constitución de las competencias municipales de manera exhaustiva. Abandonó el concepto de “asuntos propios de la vida local” para asumir el de la “*administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local...*” (art. 178) La redacción una vez más es confusa, abundante en calificativos y equívoca. Es evidente que el Municipio debe tener unas responsabilidades específicas en la atención de servicios elementales como la recolección de basuras y el barrido de las calles, por ejemplo, sin las cuales ni siquiera debe existir; pero más allá de la prestación de servicios, este momento finisecular apunta hacia el fortalecimiento de la democracia local y hacia nuevas responsabilidades locales que tienen que ver mucho con la idea de la “lugarización” y que se refieren al modo y la calidad de vida, a la preservación de valores propios del lugar, a la posibilidad de decidir frente a la administración supralocal y frente a los intereses privados sobre lo que le conviene o no a la comunidad (González Cruz, 2002). Una comunidad cualquiera: una ciudad, un barrio o sector residencial, un pueblo o una aldea tiene derecho a coparticipar en el proceso de toma de las decisiones que se refieren a actividades que puedan afectar su cotidianidad, y la afectación de su modo de vida en virtud de la existencia de asuntos de interés nacional no le deben privar a esa comunidad del derecho a opinar, a disentir o asentir, o a influir de alguna manera en la defensa de sus intereses locales. La enumeración de las materias atribuidas al Municipio es de naturaleza enunciativa, no taxativa, y tienen además en general carácter concurrente. El artículo 178 define las competencias del Municipio, en los términos siguientes:

Artículo 178. Son de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia, la promoción de la participación, y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad, en las siguientes áreas:

1. Ordenación territorial y urbanística; patrimonio histórico; vivienda de interés social; turismo local; parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación; arquitectura civil, nomenclatura y ornato público.
2. Vialidad urbana; circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas en las vías municipales; servicios de transporte público urbano de pasajeros y pasajeras.
3. Espectáculos públicos y publicidad comercial, en cuanto concierne a los intereses y fines específicos municipales.
4. Protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental; aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos y protección civil.
5. Salubridad y atención primaria en salud, servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad; educación preescolar, servicios de integración familiar de la persona con discapacidad al desarrollo comunitario, actividades e instalaciones culturales y deportivas; servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal.
6. Servicio de agua potable, electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; cementerios y servicios funerarios.
7. Justicia de paz, prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable.

8. Las demás que le atribuyan esta Constitución y la ley.

Las actuaciones que corresponden al Municipio en la materia de su competencia no menoscaban las competencias nacionales o estatales que se definan en la ley conforme a esta Constitución.

El gobierno local tiene hoy nuevos y fundamentales desafíos. La sociedad de la información, el proceso de mundialización, la conformación de espacios políticos y económicos regionales, el nuevo papel del Estado en el sistema social, el incremento del urbanismo, las nuevas demandas de los ciudadanos, la dinámica de los cambios y otros fenómenos del nuevo siglo, imponen al Municipio unas responsabilidades que eran desconocidas hasta ahora. No es que en la rica y larga historia municipal el ente local no se haya ocupado de temas que van mucho más allá de la prestación de servicios públicos locales. El papel que ha desempeñado el Municipio es de una enorme riqueza; para ilustrar esta afirmación basta señalar el protagonismo municipal en los procesos de emancipación de las repúblicas americanas, o la base municipal del exitoso modelo de sociedad de Los Estados Unidos de Norteamérica. Pero no está de más señalar este nuevo ingrediente en las competencias municipales que introduce elementos cualitativamente diferentes a los que cumplió el Municipio en el siglo XX. Íntimamente vinculado a estos nuevos desafíos que tienen que ver con el modo y la calidad de vida de los ciudadanos está el de la ciudad. Hoy más de la mitad de los habitantes del planeta viven en ciudades y en Venezuela la proporción entre habitantes urbanos y rurales es de 90 a 10. El proceso de urbanización creciente del planeta determina que tanto la ciudad como la realidad rural se transformen y desempeñen papeles distintos a los que habían cumplido en los siglos anteriores, lo cual también impone nuevos desafíos al Municipio.

La Constitución venezolana de 1999 atribuye al Municipio competencias en materia social y económica: a) Ordenación y promoción del desarrollo económico y social; b) mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad; c) turismo local; d) vivienda de interés social; e) espectáculos públicos; y f) publicidad comercial. Las dos primeras competencias son de naturaleza genérica en tanto que las otras cuatro tienen carácter más específico.

Conviene detenerse en la competencia municipal relativa a la ordenación y promoción del desarrollo económico y social porque es muy amplia, se encuentra vinculada estrechamente con la vocación específica de cada Municipio de acuerdo con sus recursos y potencialidades, con su nivel relativo de desarrollo, con la visión compartida de sus habitantes, con el grado de satisfacción o insatisfacción de sus habitantes, con el modo de vida de su gente y la cultura local, con la historia de sus instituciones, con los vínculos que mantiene con otros Municipios; con el papel que desempeña en los espacios locales, regionales y nacionales, e incluso internacionales. El ejercicio de esta competencia demanda como ninguna otra la participación de los habitantes del Municipio, una gran capacidad en las autoridades locales para comprender la vocación del Municipio y las aspiraciones colectivas, apoyo del conocimiento científico y tecnológico, vínculos con los demás Municipios de la región y con los otros niveles político territoriales tanto con sus sectores oficiales como con los privados. En fin, la ordenación y promoción del desarrollo económico y social es un proceso planificado permanente, dinámico, exigente e innovador que puede y debe ser liderado por las autoridades locales, pero cuyo éxito depende fundamentalmente del compromiso colectivo y de una conducción sostenida en el largo plazo.

Esta competencia es connatural al Municipio al ser de su competencia los asuntos propios de la vida local, sólo que la Constitución consideró acertadamente que le corresponde al Municipio el liderazgo en la ordenación del desarrollo económico y social, que

esa es una obligación suya, que el desarrollo no debe ser anárquico sino planificado, lo cual implica que el Municipio debe conocer las técnicas de la planificación y aplicarlas al ejercicio de esta competencia. También debe el Municipio conocer las políticas y estrategias del desarrollo económico y social del país, del Estado y de los demás Municipios de la región, de manera que se ubique dentro de estas políticas y estrategias y pueda aprovechar los estímulos que se diseñen en esos otros niveles. Pero la competencia del Municipio no se reduce a la ordenación del desarrollo económico y social sino que, además, debe promoverlo, es decir, impulsarlo, hacer las diligencias conducentes a lograr los fines y objetivos propuestos. Esta competencia significa para el Municipio definir su papel promotor como responsable de la ordenación del desarrollo y su obligación para actuar positivamente en ese orden, como ente que presta servicios públicos, de cumplimiento y la atención de los demás asuntos que son propios de la vida local cuyo desempeño repercute positiva o negativamente en el logro de los fines y objetivos de la planificación, del papel de coordinación de las políticas públicas en el territorio municipal. La promoción del desarrollo económico y social significa eficiencia en el desempeño en la administración ordinaria, buenos servicios públicos, medidas específicas en materia financiera y fiscal, decisiones en el ordenamiento del territorio y del urbanismo, apertura de mecanismos eficaces de participación de las comunidades y de los actores de la economía local. En la atención de estas competencias en la ordenación y promoción del desarrollo económico y social está la clave del papel del Municipio en el presente y en el futuro. De acuerdo con el estado actual del conocimiento, el Municipio debe apostar por lo que se llama “desarrollo sostenible”, mediante el aprovechamiento de los recursos locales en una estrategia que asegure su preservación.

Los servicios públicos domiciliarios son aquellos que cumple el Municipio mediante su prestación en cada una de las unidades de vivienda o inmuebles destinados a cualquier otro uso. Se denominan domiciliarios por tradición, pero en realidad se trata de servicios de dos tipos: los estrictamente domiciliarios, es decir, que se prestan en el lugar donde se encuentra el domicilio de una persona y también aquellos que se prestan en el lugar donde se realizan cualquier otro tipo de actividades, como industria, comercio o servicios de cualquier naturaleza. Los servicios públicos domiciliarios pueden ser obligatorios, como el aseo domiciliario, el agua potable y aguas servidas; y facultativos como la electricidad y el gas doméstico. En el primer caso privan razones de salubridad para imponer de manera compulsiva y general unos servicios esenciales para que la población sea saludable. Los particulares no pueden sustraerse de estos servicios ni disponer de manera particular de ellos, salvo en circunstancias muy especiales y determinadas. El carácter obligatorio de estos servicios determina que la contraprestación que recibe el Municipio es de naturaleza tributaria. En contraposición, los servicios facultativos no se imponen de manera obligatoria a los habitantes del Municipio y, en consecuencia, los usuarios pagan un precio público y no una tasa como en los anteriores. La Constitución ordena a la Asamblea Nacional la sanción de una Ley que establezca el régimen de los servicios públicos domiciliarios, en especial electricidad, agua potable y gas (art. 156. ord.29). No se entiende por qué no incluye en la especialidad al aseo domiciliario. El régimen deberá comprender los derechos y deberes de los usuarios y prestadores de los servicios, las formas o mecanismos para prestarlos; normas sobre calidad, tarifas, metrología y demás aspectos fundamentales.

La Constitución también fue homogeneizante al tratar el tema de los ingresos municipales, a los que se refiere en los Artículos 156 Ordinal 14 y 179:

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

...

14. La creación y organización de impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias, cuya recaudación y control corresponda a los Municipios, de conformidad con esta Constitución.”

Artículo 179. Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:

1. Los procedentes de su patrimonio, incluso el producto de sus ejidos y bienes.
2. Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística.
3. El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos.
4. Los derivados del situado constitucional y otras transferencias o subvenciones nacionales o estatales;
5. El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias y las demás que les sean atribuidas;
6. Los demás que determine la ley.

El poder tributario municipal está limitado constitucionalmente por la disposición contenida en el Artículo 156 Ordinal 13 que autoriza al Poder Nacional para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, como también para crear fondos que retengan parte de la recaudación con fines compensatorios o de solidaridad interterritorial.

Los ingresos municipales son de varios tipos: a) Patrimoniales: Los ingresos provenientes de la gestión de su patrimonio de sus ejidos y en general de sus bienes. b) Tributarios: Las tasas por el uso de sus bienes, servicios y licencias o autorizaciones; los impuestos a las actividades económicas, sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial, sobre predios rurales, transacciones inmobiliarias; las contribuciones sobre plusvalía, por mejoras; y otros ramos tributarios nacionales o estatales que se le asignen o en los que participen; c) Transferidos: No condicionados como el situado constitucional; y condicionados como las transferencias o subvenciones nacionales o estatales; d) Otros, entre los que se cuentan las multas. Como puede verse, la Constitución establece un régimen municipal exhaustivo y homogéneo contrario al principio de la diversidad que ella misma consagra, que luego hace más rígido la nueva Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

II. COMENTARIOS DE CARÁCTER GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal respeta los principios históricos y constitucionales del Municipio, ratifica el principio autonómico y define un Municipio bien dotado de las competencias que le atribuyó la Constitución y le agrega algunas otras a las que nos referiremos más adelante. También define sus recursos y los regula al detalle, con lo cual disminuye sensiblemente el riesgo de la arbitrariedad en esta materia.

El principal defecto de esta nueva Ley es que es que cae, como cayó la Constitución, en el vicio del reglamentarismo porque entra a regular asuntos que debieran ser resueltos bien por las leyes estatales o bien por las Ordenanzas Municipales. Esta Ley ratifica y profundiza el concepto homogéneo, burocrático y costoso del municipio constitucional. Un Estado Federal como lo declara la Constitución venezolana no debiera tener un régimen municipal nacional regulado con tanto detalle, sino que por el contrario, el régimen municipal nacional debiera ser esquemático, fijando unos principios fundamentales y permitiendo su desarrollo mediante la legislación territorial.

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal consta de VII Títulos y 298 artículos. La Exposición de Motivos señala que este Proyecto “*representa un poderoso empuje para el desarrollo del paradigma del nuevo municipio Bolivariano, establece respuestas concretas a los desafíos de construcción de una ciudadanía que sea sujeto del desarrollo social, económico y cultural de las localidades y consecuentemente de nuestra nación.*” Más adelante insiste en manifestar que La Ley “*expresa esa nueva organización, gestión, administración y funcionamiento y control efectivo de dicha soberanía, todo contrapuesto a lo expresado por la Democracia Representativa*”² Las afirmaciones anteriormente transcritas no se corresponden con el desarrollo normativo, puesto que el Municipio diseñado en la nueva Ley sigue siendo, en sus rasgos generales, el mismo de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 derogada, semejante al establecido en la Constitución de 1999, sólo que ahora tiene más aparato burocrático y en consecuencia generará más gastos ordinarios.

No obstante las observaciones anteriores en relación con el concepto de Municipio y su diseño, la nueva Ley Orgánica del Poder Público Municipal intenta resolver algunos problemas que afectan el buen funcionamiento del Municipio en particular en relación con las relaciones Alcalde y Concejo Municipal, con las potestades tributarias y con la definición de tipos impositivos. Estas normas recogen en parte la experiencia de 16 años de vigencia de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Es con la entrada en vigencia de esta nueva Ley, con su desarrollo mediante leyes estatales y ordenanzas, pero sobre todo con la experiencia que se vivirá en los próximos años, que se comprobarán en la realidad práctica y concreta los graves temores que nos preocupan.

2 El texto de la Exposición de Motivos de La Ley de Ley Orgánica del Poder Público Municipal se encuentra en el sitio: www.asambleanacional.gov.ve.

III. ALGUNAS OBSERVACIONES A DISPOSICIONES ESPECÍFICAS DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL

1. Las graves contradicciones entre el principio de la diversidad municipal consagrado en el artículo 169 de la Constitución y la naturaleza reglamentaria de las demás disposiciones constitucionales sobre el Municipio, se profundizan en el desarrollo de dicho principio ratificado en los artículos 6 y 10 de la Ley. Estos artículos señalan lo siguiente:

Artículo 6. Los procesos de formación de las leyes estatales relativos al régimen y la organización de los municipios, y demás entidades locales, atenderán a las condiciones peculiares de población: desarrollo económico, capacidad fiscal, situación geográfica, historia, cultura, etnia y otros factores relevantes.

El Consejo Legislativo, o sus comisiones, oírán la opinión de los alcaldes y alcaldesas, de los concejos municipales, de las juntas parroquiales y de los ciudadanos y ciudadanas, y de sus organizaciones, en la correspondiente jurisdicción. Para tales fines, deberán aplicar los mecanismos apropiados de consulta de acuerdo con la ley. El Consejo Legislativo reglamentará la participación de los alcaldes o alcaldesas.”

“Artículo 10. Para que el Consejo Legislativo pueda crear un Municipio deben concurrir las siguientes condiciones:

1. Una población asentada establemente en un territorio determinado, con vínculos de vecindad permanente.

2. Un centro poblado no menor a la media poblacional de los municipios preexistentes en el estado, excluidos los dos de mayor población. Este requisito deberá ser certificado por el servicio Nacional de estadística. En caso de no existir otro Municipio en esa entidad para hacer comparación, se requerirá de una población no menor de diez mil habitantes.

3. Capacidad para generar recursos propios suficientes para atender los gastos de gobierno y administración general, y proveer la prestación de los servicios mínimos obligatorios. A los efectos del cumplimiento de este requisito, deberá constar en acta la opinión favorable del órgano rector nacional en la materia de presupuesto público. Igualmente, deberá constar la opinión del Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas. En dicha opinión motivada, se determinarán los efectos socioeconómicos en el o los municipios que resulten segregados.

Cumplidas estas condiciones, el Consejo Legislativo una vez aprobada la ley de creación del nuevo Municipio, someterá el instrumento legal a un referéndum aprobatorio, donde participarán todos los habitantes del Municipio afectado.

Las disposiciones transcritas merecen comentarios puntuales.

En efecto, la Constitución establece el principio de la diversidad y obliga al legislador a tener en cuenta factores como los señalados, y una transcripción casi textual el artículo 6 de la Ley rebota a las leyes estatales el mandato constitucional de atender a las condiciones peculiares de población, desarrollo económico, capacidad fiscal, situación geográfica, de historia, cultura y otros factores relevantes. Antes que disponer sobre la diversidad de regímenes, la Ley diseña un solo modelo, con la única diferencia del número de concejales.

El artículo 47 de la Ley consagra una vez más el principio de la diversidad municipal al repetir de manera casi textual lo ya dispuesto por la Constitución, limitándose a ordenarle a los Consejos Legislativos y a los Concejos Municipales el respeto a dicho principio cuando dispone que “*La legislación municipal que desarrollen los Consejos Legislativos y los Concejos Municipales deberá establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los municipios...*” En cuanto a la organización de los municipios indígenas tampoco agrega nada a lo dispuesto en la Constitución.

El mandato constitucional y el que prevé la Ley en el artículo 6 queda anulado por lo dispuesto en el artículo 10 de la referida Ley, que consagra una falacia mantenida desde la legislación municipal de 1979. La exigencia de un número mínimo de habitantes para la formación de Municipios ha sido contraria a la experiencia nacional, pues desde 1979 ha sido letra muerta porque ha sido contradicha por la realidad al existir una gran cantidad de Municipios que no han reunido los requisitos de población mínima. Esta circunstancia se atenúa con la disposición de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 contenida en el Ordinal 1º del artículo 18 que disponía, para la creación de un Municipio “una población no menor de diez mil (10.000) habitantes, o la existencia de un grupo social asentado establemente con vínculos de vecindad permanente”. Esta disposición existe en la Ley que se comenta, como es natural, pero además exige el mínimo poblacional como un requisito independiente. El artículo 6 le exige a una comunidad local tener capacidad fiscal, demanda que comentaremos más adelante. Y el artículo 10 establece otros requisitos entre ellos “Un centro poblado no menor a la media poblacional de los municipios preexistentes en el estado, excluidos los dos de mayor población. Este requisito deberá ser certificado por el servicio nacional de estadística. En caso de no existir otro municipio en esa entidad para hacer comparación, se requerirá de una población no menor de diez mil (10.000) habitantes”. Esta disposición absurda impone dos requisitos: Primero, que el centro poblado tenga una cantidad de habitantes no menor a la media poblacional de los municipios preexistentes excluidos los dos de mayor población. Cuando no existan términos de comparación, el límite mínimo es de diez mil habitantes. Segundo, que exista una certificación del Servicio Nacional de Estadística, es decir, la ingerencia indebida de un ente nacional.

Si este criterio es aplicado a los Municipios existentes, el número de Municipios en Venezuela por debajo del promedio establecido es de 189, lo que significa que quedaría reducido a 146 Municipios.³ La disposición transitoria de la Ley contenida en el artículo 286 dice: “Los Consejos Legislativos procederán en el lapso de un año, a sancionar las disposiciones legales para la adecuación de las previsiones sobre el régimen municipal y la división político territorial en su jurisdicción a las normas dispuestas en esta Ley; así mismo, los municipios deberán adecuar progresivamente su ordenamiento normativo propio, dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la presente Ley, dándole prioridad a la ordenanza donde se desarrollen los mecanismos de participación ciudadana”; Venezuela tiene una gran cantidad de pueblos asentados a lo largo y ancho de nuestro territorio muchos de ellos pequeños, con poca población, condenados al abandono y a la miseria. Si los venezolanos les reconocemos como Municipio y le damos herramientas políticas y económicas que impulsen su desarrollo, está comprobado que logran salir de la situación de postración y alcanzar mejores niveles de vida. Baste para comprobar esta afirmación dos ejemplos: Pueblo Llano y Santo Domingo eran dos pueblos muy pobres sometidos el primero a la jurisdicción de Timotes, y el segundo a Mucuchíes; Zea y San Simón por su parte eran pueblos miserables. Hoy esas cuatro poblaciones lucen mucho mejor, sus pobladores han visto mejorar sus condiciones de vida gracias a las inversiones realizadas por su elevación a Municipio, les llega el Situado Municipal y los dineros del FIDES y de LAEE; En contraste, poblaciones como Las Piedras, aledaña a Pueblo Llano y a Santo Domingo, o Meza Bolívar, cercana a Zea y San Simón, no logran avanzar. Los efectos de la elevación de un poblado a capital municipal son evidentes y están comprobados en los estudios realizados por los investiga-

3 Cálculos propios.

dores del CIEPROL, Unidad Académica de la Universidad de Los Andes. Veamos el asunto de otra manera: Un centro poblado asentado de manera permanente y que haya generado relaciones de vecindad tiene derecho al Municipio, es decir, al autogobierno. Eso sí significa acercar el poder al pueblo, porque el Municipio es un poder.

No debe haber límite el número de habitantes para reconocerle a un territorio su derecho a Municipio, que repito es un derecho de toda comunidad asentada en un territorio, con lazos de vecindad permanente.

Una de las políticas territoriales definidas por la globalización y la lugarización es la municipalización, que es el reconocimiento a los lugares de autonomía política para atender los asuntos propios. Unas políticas que revierten el proceso de concentración típico de la etapa de consolidación y madurez de los Estados Nacionales, para volver sobre la secular institución del Municipio, de modo que estos cuenten con una renovada y modernizada estructura institucional, gente capaz, recursos financieros suficientes, y marcos para la negociación intergubernamental. La reingeniería de lo local estimula la participación, fomenta el pluralismo y la diversidad, promueve los valores regionales y locales, desarrolla las economías provinciales y municipales, impulsa el liderazgo local, incentiva la capacitación de la gente y con ello la innovación, el espíritu emprendedor y las habilidades de gestión; además, estimula el desarrollo de la comunidad cívica, ciudadana, la organización de la sociedad civil y su participación en los asuntos públicos. En fin, el Municipio se revaloriza por la lugarización y se constituye en una estructura que tiene la pátina respetuosa de los años y la frescura de los nuevos tiempos de la postmodernidad. Es el Municipio la institución de la libertad, de la diversidad y de la tolerancia. El principio de la diversidad municipal obliga al diseño de estructuras gubernamentales adecuadas, definidas con arreglo a las particularidades y demandas locales que, con respeto de la naturaleza del gobierno municipal, se acomode a los valores del lugar como la cultura, la historia, las tradiciones, la topografía, el tamaño, la composición de la población y las condiciones económicas. Así no sólo será el gobierno apropiado a las características del lugar, sino que estimulará esa diferenciación, esa identidad, esos valores propios que le dan singularidad a esa comunidad en un mundo global que tienen enormes fuerzas homogeneizadoras.

Como lo señala Yordi Borja (2004), el Municipio es también un derecho: el derecho a un gobierno de cercanía, próximo, suyo, donde unos vecinos que se conocen y tratan asumen la función política de ejercer la administración de los asuntos propios de la vida local. Se trata de una instancia de poder, con autonomía, recursos institucionales, financieros y competencias específicas, que delibere y decida sobre los intereses locales, que defina políticas públicas y las promueva y defienda ante las demás instancias públicas y privadas, que se ocupe de la generación o profundización de la identidad, de la coherencia del gentilicio, de la promoción y revalorización de los valores identitarios. Las comunidades, por pequeñas que sean, deben tener un poder que cohesione y le de sentido a las aspiraciones colectivas, asuma el desarrollo local como un desafío y se imponga metas de corto, mediano y largo plazo. De modo que el Municipio es también un derecho colectivo o difuso, para ponerlo en términos del Derecho Constitucional.

Estas ideas de Jordi Borja fueron asumidas en el Forum Barcelona 2004⁴, al recogerse en el documento titulado: “*Carta de Derechos Humanos Emergentes*” que se inspira en el espíritu y principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en instrumentos internacionales y regionales adoptados hasta el año 2004 por la comunidad

4 Estos documentos se encuentran en el sitio www.forumbarcelona2004.com.

internacional; y recoge y ratifica los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia y la indispensable articulación entre derechos humanos, paz, desarrollo y democracia. (2004). Además, se fundamenta en el reconocimiento de valores, unos ya reconocidos desde hace años, como la vida, la libertad, la igualdad, la paz y la solidaridad; y otros nuevos como la convivencia y el conocimiento.

El Artículo 7 de la Declaración se refiere al Derecho a la democracia participativa. Todos los seres humanos y los pueblos en que se integran tienen derecho a participar activamente en los asuntos públicos y a disfrutar de una administración democrática en todos los niveles de gobierno. Este enunciado se desagrega en otros 12 derechos, todos importantes para la argumentación de la hipótesis sostenida en este trabajo; pero por razones de síntesis, destaco los siguientes: *El derecho a la ciudad*, que asegura que todo ser humano y los pueblos en que se integran encuentren en la ciudad las condiciones para su plena realización política, económica, social, cultural y ecológica. *El derecho a ser consultado*, que garantiza que el derecho de todos los seres humanos a ser consultados colectivamente en las decisiones que les afecten. *El derecho a la participación*, que implica el derecho de toda persona y de los pueblos en que se integran a participar, mediante cauces ágiles y eficaces, en la adopción y control de decisiones públicas en las materias que les conciernan, así como a impugnar ante los tribunales aquellas decisiones respecto de las que aleguen un derecho o un interés directo o indirecto como fundamento de su legitimación. *El derecho al espacio público* y a la monumentalidad, que supone el derecho a un entorno urbano articulado por un sistema de espacios públicos y dotados de elementos de monumentalidad que les den visibilidad e identidad. *El derecho a la belleza*, de manera que el espacio urbano incorpore una dimensión estética y un urbanismo armonioso y sostenible como prueba de la calidad urbana. *El derecho a la identidad colectiva en la ciudad*, que significa el derecho a una organización interna del espacio urbano que facilite la cohesión sociocultural de las comunidades. *El derecho a la movilidad y a la accesibilidad*, pues toda persona tiene derecho a un tráfico ordenado y respetuoso con el medio ambiente y a moverse con facilidad por la ciudad metropolitana. Toda persona discapacitada tiene derecho a que se facilite su movilidad y a la supresión de todas las barreras arquitectónicas. *El derecho a la conversión de la ciudad marginal en ciudad de ciudadanía*, que implica el derecho de toda persona a habitar en zonas urbanas de calidad, con carácter de centralidad. *El derecho a un gobierno local de proximidad*, que en las regiones más urbanizadas, puede tener una dimensión plurimunicipal o metropolitana.

En efecto, si una de las exigencias modernas es la incorporación de la gente a los procesos de toma de las decisiones que le afectan, esto es sólo posible mediante los mecanismos locales. Por ello este marco se busca la creación de ágiles y novedosas fórmulas institucionales de participación y de concertación de políticas públicas. La municipalización fomenta la diversidad y el pluralismo. Como escuela de la democracia forma nuevos liderazgos en todos los órdenes, tanto políticos como sociales, empresariales, pues al elevar la calidad y la cantidad de las decisiones que se toman en el ámbito local obliga a la capacitación de los funcionarios, a su responsabilidad frente a los ciudadanos, a mejorar sus habilidades para administrar, concertar y negociar asuntos de diversa naturaleza.

2. El artículo 10 que establece las condiciones y requisitos para la creación de un Municipio repite un principio establecido en las leyes anteriores, es absolutamente contradictorio con nuestra realidad, que es el de la exigencia para la creación de un Municipio de “*capacidad para generar recursos propios suficientes para atender los gastos de gobierno y administración, y proveer la prestación de los servicios mínimos obligato-*

rios”. La verdad es que de nuestros 335 Municipios, no más de 60 están en capacidad de generar recursos propios suficientes, por varias razones:

1. Porque son muy pobres y donde hay mucha pobreza no hay base tributaria suficiente;
2. Porque el gobierno municipal venezolano es de los más costosos del mundo al hacer depender los sueldos de parámetros nacionales descontextualizados, los concejales disfrazar las dietas y convertirlas en sueldos y fijarse viáticos y bonos desproporcionados a la economía local;
3. Porque la burocracia municipal es innecesariamente frondosa al obligarlos a tener cargos inútiles, como que todos tengan síndico, secretario, contralor, cronista, institutos y otros entes, a más de la práctica de nombrar comisionados, directores generales y otras cargas que hacen insostenible el Municipio. Las razones 1) y 3) hacen que sea imposible pagar las cargas burocráticas con los ingresos propios, y se recurre al Situado Municipal y a las otras transferencias, con lo que para gastos de inversión y de prestación de servicios no queda nada o muy poco;
4. Porque la cultura tributaria de los venezolanos es muy débil y hay que hacer grandes esfuerzos para mejorarla, y esta Ley podría haber contribuido a ello.

En la Exposición de Motivos se hace referencia al principio de la suficiencia económica o suficiencia financiera, pero al redactar el numeral 3 del artículo 10 se abandona este principio y vuelve a caer en el de la capacidad para generar recursos propios suficientes para atender los gastos de gobierno y administración, y proveer la prestación de los servicios mínimos obligatorios. Lo correcto habría sido incorporar a la Ley el principio de suficiencia financiera y el de corresponsabilidad fiscal. Christi Rangel explica estos principios de manera detallada (2003) cuando afirma que la suficiencia financiera debe interpretarse como la capacidad del sistema financiero local en su conjunto (incluyendo tributos, transferencias y otros ingresos), de aportar recursos suficientes para cumplir los compromisos de gasto que la legislación le atribuye. Es obligación del Estado promover la equidad fiscal vertical ya que el gobierno nacional aglutina los recursos y los gobiernos locales tienen las competencias. También es una realidad que por razones geográficas, demográficas, de equipamiento e infraestructura y de diferenciación entre individuos, existen pocos municipios ricos y muchos municipios pobres, situación que atenta contra la equidad horizontal -entre gobiernos de un mismo nivel-.

El modelo de Municipio que se asuma debe complementar las finanzas locales mediante transferencias que garanticen niveles mínimos de provisión de bienes públicos locales considerados como bienes preferentes. La corresponsabilidad fiscal es complemento ineludible del principio de suficiencia financiera, ya que aún cuando el gobierno nacional trate de atenuar los desequilibrios financieros verticales y horizontales, debe existir el compromiso por parte de cada autoridad local de maximizar el potencial recaudatorio que tenga. Así fortalece su autonomía, materializa la idea de acercar la Administración al administrado, permite una mejor perceptibilidad a los ciudadanos sobre los beneficios y costos de la actuación pública, estimula el control político, la rendición de cuentas y el ejercicio democrático.

3. La realidad nacional muestra un Municipio burocrático, vertical, costoso, deficitario, cuando tenemos experiencias históricas en Venezuela y en el Municipio Comparado de Municipios no burocratizados, horizontales, económicos y que no ofrecen déficit estructural. La solución era volver a un buen diseño municipal, sometido a los principios constitucionales establecidos en el artículo 141. Si se le pone orden y límite a los gastos

ordinarios de gobierno y administración será posible multiplicar los municipios. Para ello se ha debido volver al principio de la condición ad honores de los concejales, que solo tendrán derecho a dieta, y al límite a la remuneración del Alcalde y los altos funcionarios de la Alcaldía. Esta materia pudo haber sido regulada en la Ley si se hubiese dispuesto que las remuneraciones del Alcalde y de los demás funcionarios de la Alcaldía sean fijadas por el Concejo Municipal, atendiendo a los principios de proporcionalidad y sostenibilidad para las finanzas públicas. Estos principios también han podido regir para la Secretaría, la Sindicatura, la Contraloría y demás dependencias centralizadas y descentralizadas. También debió establecerse que la función pública de los concejales es ad honores y que solo podrán recibir una dieta por cada sesión a la que hayan asistido efectivamente hasta un máximo de cuatro al mes. Esta norma se ha podido aplicar a los miembros de las Juntas Parroquiales.

La Ley propone en el artículo 96 la existencia de un Presidente del Concejo Municipal que preside las sesiones y representa al cuerpo, con lo cual se modifica sustancialmente el régimen anterior que establecía que el Alcalde presidía el Concejo y tenía allí voz sin voto. No dudamos que este nuevo Presidente del Concejo demandará más remuneraciones, viáticos, personal y oficinas. También dispone la Ley la incompatibilidad de las funciones de Alcalde con otro destino público remunerado estableciendo de esta manera otro elemento de uniformidad para todos los municipios del país. Consideramos que en este punto pudo haber flexibilidad y permitir que en los Municipios con menos de 50.000 habitantes, la función de Alcalde o Alcaldesa fuese compatible con cualquier destino público remunerado.

También es factible que los Municipios pueden convenir, formar asociaciones o mancomunidades para el cumplimiento de las funciones de sindicatura, contraloría, planificación, ingeniería, servicios y otros, con el objeto de lograr mejores niveles de eficiencia y bajar costos.

4. En materia de definición de lo que podría denominarse el sistema municipal integrado por entes sub y supra municipales, la Ley dedica a estos asuntos el Título II bajo la denominación “*De los Municipios y otras Entidades Locales*”. En el artículo 19 define como “*otras entidades locales*” a los distritos metropolitanos; las parroquias; demás demarcaciones locales como las urbanizaciones, los barrios, las aldeas y los caseríos. Más adelante establece las normas reguladoras de las Mancomunidades y otras figuras asociativas como fundaciones, asociaciones civiles, empresas y otras figuras descentralizadas en el Capítulo IV, sin referirse a los consorcios, aunque se mencionan en la Exposición de Motivos. No obstante que la no inclusión de esta categoría de entes corporativos no impide su creación, no estaría demás incluirlos en este artículo.

5. Sobre las competencias, la Ley se refiere en los artículos 52 y 56, ordinal 1 a los “*intereses propios de la vida local*” cuando con mayor propiedad se había referido en la Exposición de Motivos a los “*asuntos propios de la vida local*”. Aunque este punto pareciera intrascendente, conviene por técnica legislativa, buen uso del idioma y buen manejo de la terminología municipal, utilizar la frase “asuntos propios de la vida local”. La Ley repite el listado constitucional de las competencias establecidas en el artículo 178, y se refiere a competencias que siempre han ejercido los municipios, que son “asuntos propios de la vida local” pero que no están explícitas en dicho artículo. Estas competencias son: catastro; la fijación subterránea o superficial de torres, postes y líneas de transmisión de cualquier tipo; protección civil y de bomberos; matadero, atención social sobre la violencia contra la mujer y la familia, y el estatuto de la función pública muni-

cial. Con relación a este último punto, colide esta disposición con las del Estatuto de la Función Pública que establece un régimen nacional sobre el servicio público.

Ordena la Ley al Municipio la elaboración de al menos tres planes: 1. El Plan de Ordenación y Promoción del Desarrollo Económico y Social; 2. el Plan Local de Desarrollo Urbano que no se refiere en exclusiva al territorio propiamente urbano delimitado por la poligonal, sino que incluye la Ordenación del Territorio Municipal. 3. El Plan Local de Turismo a los municipios con vocación turística.

La Ley establece como servicios mínimos obligatorios para todos los municipios los de agua potable, recolección de basura, alcantarillado, de aguas servidas, alumbrado público, plazas y parques públicos, y remite a la legislación estatal la determinación de otros servicios mínimos que debe prestar de manera obligatoria cada Municipio.

6. Dedicar un Capítulo a los principios generales de la organización municipal y clasifica en el artículo 75 las cuatro funciones que desarrollan los municipios: La función ejecutiva, la función deliberante, la función de control fiscal, y la función de planificación. Confundió el legislador la función legislativa con la técnica deliberante propia de esa función de legislación, y se le olvidó agregar la función jurisdiccional que la ejerce mediante los juzgados de paz. Consagra los principios de la racionalidad de costos y de sostenibilidad de las finanzas locales. Consagra el principio de la incompatibilidad de las funciones del Alcalde con otro destino público remunerado dejando a salvo las excepciones establecidas en el artículo 148 de la Constitución. Destina un Capítulo al Alcalde y curiosamente cambia la denominación de "Alcaldía" adoptada por la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 y adopta la de Ejecutivo Municipal.

Otro Capítulo regula el Concejo Municipal y entre las materias más relevantes está el establecimiento del principio de la proporcionalidad del número de concejales a la población del Municipio, a que se refiere el artículo 94 de la siguiente manera: Municipios de menos de 25.000 habitantes, 5 concejales. De más de 25.000 y menos de 50.000, 7 concejales. Más de 50.000 y menos de 200.000, 9 concejales. Más de 200.000 y menos de 500.000, 11 concejales. Más de 500.000, 13 concejales.

Separa al Alcalde del Concejo Municipal y crea la figura del Presidente del Concejo Municipal. La Ley no considera la posibilidad de que el Alcalde concurra a las sesiones del Concejo Municipal salvo cuando se juramenta o presenta su informe anual, pero las leyes estatales o las Ordenanzas podrían establecer esa facultad y regularla, de modo que el Alcalde tenga la posibilidad de sostener ante los concejales sus puntos de vista en relación con las materias objeto de debate. Habrá que evaluar esta nueva relación Alcalde-Concejo, porque a primera vista parece que esta propuesta podría conducir a una mayor disminución del papel que desempeña el Concejo en la conducción de los asuntos locales y a problemas de gobernabilidad. El nuevo Presidente del Concejo Municipal tiene unas facultades reducidas a la dirección de las sesiones del Concejo y ejercer la representación del cuerpo, pero habrá que ver en la realidad cómo se desenvuelve este sistema. Nuestra opinión es que el cuerpo colegiado local ya está bastante desvalorizado en la actualidad y esta Ley lo somete a una mayor minusvalía. La existencia de un Consejo Local de Planificación Pública presidido por el Alcalde desvía hacia ese ente la discusión de los asuntos de interés colectivo, con lo cual el Concejo Municipal deja de ser la instancia del debate político, mucho más si el Alcalde, quien tiene la investidura popular y maneja el presupuesto, está en aquel y no en éste.

7. El Título V establece los principios de la Hacienda Pública Municipal. Es quizás el mejor aporte de esta Ley al establecimiento de un régimen hacendístico técnicamente bien concebido. Define los principios generales de la Hacienda Municipal cuando señala que debe ejercerse en forma planificada conforme a los principios de legalidad, eficiencia, celeridad, solvencia, transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad y equilibrio fiscal. Establece la responsabilidad patrimonial objetiva del Municipio conforme a la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, con lo cual se ubica en las tesis más avanzadas sobre la materia.

En cuanto al situado municipal queda establecido de la siguiente manera: no menos del 20% del situado constitucional de cada Estado, más no menos del 20% de los demás ingresos ordinarios del Estado. La distribución del situado es de un 30% en partes iguales, un 50% en proporción a la población y un 20% en proporción a la extensión del territorio municipal. Otra novedad de la Ley es en relación a los principios tributarios cuando establece que no puede el Municipio obstaculizar mediante su política tributaria el desarrollo de las actividades económicas, y en consecuencia establece el principio de la no confiscatoriedad y la prohibición de la múltiple imposición interjurisdiccional. En esta misma materia, la Ley prevé la posibilidad de la celebración de acuerdos intermunicipales y con los contribuyentes para coordinar y armonizar los tributos, evitar la múltiple imposición, o darles estabilidad tributaria a los contribuyentes. Más adelante la Ley entra a regular cada uno de los tributos, con lo cual se le da rango legal a parte de la jurisprudencia ya asentada por los tribunales, con lo cual se contribuye con el esfuerzo de darle una cierta uniformidad a los tributos locales, eliminar el casuismo y controlar la voracidad fiscal.

8. La Ley, consecuente con los principios constitucionales, dedica el Título VI a la “Participación Protagónica en la Gestión Local”. En el artículo 253 dispone el derecho que tiene el pueblo en “*la formación, ejecución y control de la gestión pública municipal, como medio para garantizar el completo desarrollo individual y colectivo*”. Ratifica el principio constitucional sobre el derecho a la información y precisa el acceso a la información sobre políticas, planes, decisiones, actuaciones, presupuesto, proyectos y cualesquiera otras del ámbito de la actividad pública municipal; el acceso a los archivos y registros administrativos en los términos de la legislación nacional aplicable; el derecho a elevar peticiones y recibir oportuna y adecuada respuesta; a la asistencia en capacitación, formación y educación para la cultura de participación democrática. Define los medios de participación y establece que los ciudadanos y sus organizaciones ejercerán el control social sobre la gestión municipal.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 extraordinario, Caracas, 24 de marzo de 2000.

Ley Orgánica del Poder Público Municipal. *Gaceta Oficial* N° 38.204, Caracas, 8 de junio de 2005.

BORJA, Jordi, *La ciudad conquistada*, Alianza, Barcelona, 2003.

BREWER-CARÍAS, Allan, *Comentarios a la Constitución Venezolana de 1999*, 2 Tomos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

GONZÁLEZ CRUZ, Fortunato, “Los Errores de Diseño del Municipio Constitucional”, en *Revista Provincial* N° 11, Mérida, 2004.

GONZÁLEZ CRUZ, Francisco, “Globalización y Lugarización”, *CIEPROL*, La Quebrada, 2002.

RANGEL GUERRERO, Christi, *Economía Pública Multijurisdiccional*, CES, Madrid, 2003.

§ 17. CUESTIONES ACERCA DEL CONTROL PÚBLICO LA EXPERIENCIA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Miriam Mabel Ivanega
Profesora de la Universidad Austral,
Argentina

I. PRIMERA PARTE DEL CONTROL PÚBLICO

1. El control público

En toda organización administrativa debe existir un sistema de Inspección de Control o medios de fiscalización de la administración y de las que tratan con ella. De esta forma “...se tiende a constituir un conjunto de garantías de legitimidad y de oportunidad en la actividad administrativa, a la vez que a lograr la eficiencia y la moralidad dentro de la Administración...”¹.

Con prescindencia del enfoque desde el cual se analice su significado y alcance, el control encuentra sustento en los principios de separación de poderes y legalidad.

Poder y responsabilidad suponen control. Éste encuentra parte de la necesidad de garantizar el buen uso del poder, encargándose de hacer materialmente comprobables los desvíos o transgresiones, permitiendo la asignación de responsabilidades personales concretas². Por ello, el control es el “...vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder”³

Su esencia encuentra base en la presencia de recursos escasos, el grado de discrecionalidad en el proceso de toma de decisiones, la existencia de diferentes objetivos, necesidades y motivaciones de los integrantes de una organización, así como de la propia estructura organizativa.

Actualmente existe acuerdo acerca de que el control no puede constituir una parte o sector independiente o escindible de una organización, ya que él debe estar presente y aplicarse en cada una de las tareas asignadas a aquella.

Ninguna organización ya sea pública o privada, puede funcionar sin un plan o marco conceptual de referencia por el que se disponga anticipadamente, bien sea de forma explícita o implícita: *qué debe hacerse, cómo debe hacerse, quién debe hacerla y cuándo debe hacerse* en las diferentes áreas o niveles de la organización y en función de las nuevas circunstancias o la información que se vaya generando en el interior o el exterior

1 MARIENHOFF, Miguel, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, edición 1998.

2 CORTÉS DE TREJO, Lea Cristina, citando a Cayetano LICCIARDO en Tribunales de Cuentas, Contribuciones para un análisis crítico de la Ley 24.156, Municipalidad de Córdoba.

3 ARAGÓN REYES, La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional citado por LOZANO MIRALLES, Jorge en “Control, auditoría y fiscalización”, *Revista Auditoría Pública* N° 3, España, 1995.

de la misma. Toda actividad económica se reduce, en último término a una actividad planificadora. De esta forma, la actividad de control sería una actividad derivada o complementaria de esa actividad de planificación.

Respecto a su actual vinculación con la Administración Financiera, en la actualidad el control se convierte en su sistema retroalimentador, al consistir en un conjunto de actos cuyo objeto es identificar la realidad, examinarla y compararla, con un criterio preestablecido, para luego modificarla conforme a él. Por ello, la auditoría, como técnica, es una parte de él, como luego se verá.

2. El control interno

Es el conjunto de elementos materiales y también humanos interrelacionados, entre sí cuyas finalidades son: a) asegurar la veracidad de la información elaborada en el interior de una organización, que se utiliza como soporte de la toma de decisiones por parte de su nivel directivo, b) asegurar que la política del organismo sea ejecutada en forma correcta por las diferentes áreas y en los distintos niveles jerárquicos⁴.

Conforme a ello, abarca el conjunto de mecanismos y procedimientos establecidos por los organismos para asegurar la regularidad, la eficiencia y eficacia de sus operaciones y actividades. Es un medio por el cual los administradores pueden medir el esfuerzo en relación con las metas propuestas, permitiendo ver si se están logrando o no. Un buen sistema de control interno "es como un informe enviado a un artillero que está disparando a un blanco situado más allá de su campo visual...debe desempeñar siempre una función central en la dirección administrativa, y en la administración pública deberá dársele más importancia..."⁵.

Caracterizado como un proceso integrado a los procesos básicos de planificación, ejecución y supervisión, y no a un conjunto de mecanismos burocráticos añadidos a los mismos; efectuado por el consejo de la administración, la dirección y el resto del personal de una entidad y diseñado con el objeto de proporcionar una garantía razonable para el logro de objetivos incluidos en las siguientes categorías:

- Eficacia y eficiencia de las operaciones
- Confiabilidad de la información financiera.
- Cumplimiento de las leyes, reglamentos y políticas.

Completan la definición otros conceptos fundamentales:

- El control interno es un proceso, es decir, un medio para alcanzar un fin y no un fin en sí mismo.
- Lo llevan a cabo las personas que actúan en todos los niveles, no se trata solamente de manuales de organización y procedimientos.
- Sólo puede aportar un grado de seguridad razonable, no la seguridad total, a la conducción.

4 V. IVANEGA, Miriam Mabel, *Mecanismo de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Edit. Abaco, Buenos Aires, 2003

5 DIMOCK, Marshall W. y DIMOCK, Gladys O., *Administración Pública*, 1º edición en español (traducción de la 3ª edición en inglés), Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1967.

- Está pensado para facilitar la consecución de objetivos en una o más de las categorías señaladas que, suelen tener puntos en común.

Según la Comisión de Normas de Control Interno del INTOSAI, el control interno puede ser definido como el plan de organización, y el conjunto de planes, métodos, procedimientos y otras medidas de una institución, tendientes a ofrecer una garantía razonable de que se cumplan los siguientes objetivos principales:

- Promover operaciones metódicas, económicas, eficientes y eficaces, así como productos y servicios de la calidad esperada.

- Preservar al patrimonio de pérdidas por despilfarro, abuso, mala gestión, errores, fraudes o irregularidades.

- Respetar las leyes y reglamentaciones, como también las directivas y estimular al mismo tiempo la adhesión de los integrantes de la organización a las políticas y objetivos de la misma.

- Obtener datos financieros y de gestión completos y confiables y presentados a través de informes oportunos.

Finalmente, cabe puntualizar que el control interno consiste en una función en la que participan todos los componentes de una organización, que fundamentalmente es un medio para llegar a un fin, no un fin en sí mismo.

3. El control externo

Se configura cuando los organismos que lo ejercen no pertenecen a la organización de la institución que debe ser controlada. La denominación general de los órganos con competencia en control externo; aceptada internacionalmente; es la de Entidades Fiscalizadoras Superiores, que en cada país responden a figuras institucionales diversas.

Los sistemas actuales en el derecho comparado no pueden ser encuadrados íntegramente en uno solo modelo de control. Por ejemplo, existen Entidades con diferentes atribuciones: a) algunas tienen asignado control “*a priori*” y también “*a posteriori*”, mientras que otras solamente ejercen el segundo, b) con reconocimiento legal para realizar fiscalizaciones de cumplimiento, y con competencia para llevar a cabo todo tipo de controles, c) con facultades para ejercer funciones jurisdiccionales y sin ellas.

El control externo previo tiene defensores y detractores. Los primeros entienden que tiene el poder de impedir un perjuicio antes de producirse éste; quienes lo critican, sostienen que comporta un trabajo excesivo y que la responsabilidad basada en el derecho público no esté claramente definida en el caso del control previo. En ese sentido, el control externo posterior ejercido por una Entidad Fiscalizadora Superior, reclama la responsabilidad del órgano culpable, puede llevar a la indemnización del perjuicio producido y resultando apropiado para impedir, en el futuro, la repetición de infracciones⁶.

El control externo posterior, suele efectuarse mediante el procedimiento de muestreo, dada la imposibilidad de realizar un control exhaustivo sobre toda la actividad económica, financiera de los Estados. No obstante, ese muestreo debe resultar lo suficientemente significativo para permitir formarse un juicio sobre la calidad y regularidad de las operaciones.

6 “Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización”-INTOSAI-.

Producto de una evolución estructural de los últimos años, especialmente en Latinoamérica, ha sido la asignación de funciones exclusivas en materia de control externo y la sustitución del control previo por el posterior, ante la necesidad de evitar que las Entidades Fiscalizadoras se involucren en las actividades de control previo, como medio para lograr independencia en los trabajos que realiza⁷.

4. La auditoría como técnica de control público

La auditoría es una técnica de control. El concepto de éste engloba el de auditoría, pues en el primero caben todas las formas de fiscalización, en el segundo solo las que obedecen a la metodología de la auditoría, caracterizada por ser un control posterior⁸.

Cuando en el sector privado se habla de auditoría como término genérico, la percepción más extendida es aquella referida a la aplicación de procedimientos que pretendan obtener una seguridad razonable acerca de la contabilidad en general, y que las cuentas anuales y demás estados financieros, expresan fielmente el resultado de la gestión y su adecuada realidad patrimonial, de acuerdo con las normas y principios generalmente aceptados.

La auditoría presenta como característica la aplicación de determinadas técnicas y/o procedimientos, a cargo de “auditores”, sujetos que no intervinieron en las operaciones controladas, que implica la revisión de éstas.

La auditoría gubernamental, por tanto, se orienta a contribuir al establecimiento de una organización adecuada y de los recursos necesarios para cumplir con los objetivos y metas. En el sector público, la expresión genérica “auditoría” no permite asociarla de inmediato con un significado claro e inequívoco, pues se precisa de una mayor calificación: financiera, de cumplimiento de legalidad, operativa⁹. Algunas de sus definiciones son:

[...] proceso sistemático de obtener y evaluar objetivamente evidencias, en relación con afirmaciones acerca de acciones y eventos económicos y comprobar así, el grado de correspondencia entre esas afirmaciones y los criterios establecidos para luego comunicar los resultados a los usuarios interesados.

[...] examen y verificación sistemáticos de los registros contables, facturas y otros registros y documentos financieros y legales de una organización. La auditoría se ejecuta con el propósito de comprobar la exactitud, integridad y autenticidad de esos registros y documentos. Se hace con la

7 *Revista OLACEFS* N° 10, Vol. I, agosto 1995.

8 A partir de su acepción más antigua, la auditoría ha experimentado cambios, para pasar a vincularse con la moderna economía y administración. En países de cultura latina y en particular en España, fue utilizado en el ámbito del derecho militar y del canónico. Así existían el *Auditor de la Rota*, cada uno de los doce prelados del tribunal romano de la Rota, que tiene jurisdicción para conocer en apelación de las causas eclesiásticas de todo el orbe católico, el *Auditor conventual*, religioso que examinaba las cuentas del monasterio, el *Auditor Militar*, funcionario del cuerpo jurídico-militar que informe acerca de la interpretación y aplicación de normas proponiendo la resolución de los procesos instruidos por el ejército, *Auditor de Marina*, juez letrado que entiende en las causas del fuero del mar, el *Auditor canónico*, instructor de causas en esa materia. El concepto moderno se remonta a los siglos XVIII y XIX habiendo formado parte de la decadencia de los poderes absolutistas de las monarquías y del surgimiento de las democracias populares. Ello es así en la medida que comenzó a forjarse la necesidad que las autoridades públicas rindan cuenta al pueblo. El desarrollo intelectual de la auditoría gubernamental en su sentido moderno, ha sido dividido en dos períodos: uno que abarca entre los ciento cincuenta y doscientos años antes de la Segunda Guerra, con un protagonismo de las auditorías financieras y de regularidad, y otro período posterior a la guerra que introduce los conceptos adicionales de economía, eficiencia y efectividad.

9 En Auditoría Pública, *Revista de los órganos autonómicos de control externo* N° 12, diciembre de 1997.

intención de presentar razonablemente la condición financiera a una fecha determinada y los resultados de las operaciones para el período que finaliza en esa fecha, sobre base consistente y de conformidad con los principios aceptados de contabilidad.

[...] técnica que investiga las conductas sociales para estimar si se han desviado de las pautas establecidas y de los comportamientos típicamente sanos, informando a los agentes interesados para que puedan valorar el alcance de las desviaciones y sus probables consecuencias¹⁰.

[...] Consiste en una serie de operaciones distintas y separadas de las que van a controlarse, a las que en cierto modo se superponen y que, en general se realizan cuando aquellas, las controladas, se han ultimado¹¹.

Puede afirmarse que esta técnica permite evaluar y proporcionar información a los Poderes del Estado y a la opinión pública, acerca de las limitaciones, oportunidades y posibilidades de la Administración Pública, los resultados de su gestión respecto a planes, programas y presupuestos establecidos, determinando los niveles de economía, eficacia y eficiencia a fin de que, quien deba tomar las decisiones lo haga conforme a sus conclusiones.

Al igual que el control, la auditoría se clasifica en interna y externa -entre otras clasificaciones- distinguiéndose, según la relación del auditor con el organismo, ya que se parte del mismo criterio aplicado para el control en general. La primera de ellas es la que se encuentra en el ámbito de la entidad, mientras que la auditoría externa es la llevada a cabo por un auditor independiente que no tiene relación de jerarquía con el ente auditado.

La *auditoría interna* es una evaluación independiente sobre operaciones y sistemas de control dentro de una organización, con el fin de determinar si las políticas y procedimientos establecidos son aplicados, los estándares fijados son alcanzados, los recursos son utilizados eficientemente y económicamente, los planes son realizados de manera eficiente y en general si los objetivos de la organización se están realizando.

Los principales destinatarios de la información que brinda son: los directivos que son responsables de la toma de decisiones; el nivel operativo para mejorar los procesos; el auditor externo cuando se apoya en este tipo de auditoría como fuente o base para elaborar sus papeles de trabajo y otros destinatarios cuando esos informes se dan a conocer fuera del ámbito del ente¹².

La *auditoría externa* es el "...examen estructurado de registros u otra búsqueda de evidencia, con el propósito de sustentar una evaluación, recomendación u opinión profesional con respecto a: la consistencia de los sistemas de información y control, la eficiencia y efectividad de los programas y operaciones, el fiel cumplimiento de los reglamentos y políticas prescriptos y/o razonabilidad de los estados financieros e informes de rendimiento que pretenden revelar las condiciones actuales y los resultados de pasadas operaciones de un organismo o programa..."¹³.

5. Control, gestión y auditoría

En las últimas décadas se ha puesto énfasis en el denominado control de gestión, funciones esenciales de toda administración:

10 BALLESTEROS, Enrique, *Métodos Evaluativos de Auditoría*, Edit. Alianza Universidad, Madrid, 1991.

11 Santiago HERRERO SUAZO y Vicente QUEROL BELLIDO, *op.cit.*

12 Sobre su relación con la auditoría externa ver artículo 117º, inciso b) de la Ley nº 24.156.

13 Resolución AGN Nº 145/93 "Normas de Auditoría Externa de la Auditoría General de la Nación".

[...] cualquiera sea su grado de complejidad, nuevas técnicas en gestión y en control no hacen sino repetir las mismas caras de una sola moneda, la de generar recursos para aplicarlos en forma regular y con la mayor eficacia, introduciendo el control para que así sea [...] ¹⁴.

Utilizado en el sector público como alternativa de administración pública, la gestión -pública- alude a la capacidad de manejar variados problemas, contrarrestando las diferentes eventualidades y trabajando de acuerdo a un presupuesto.

No existen dudas que el control, y por ende la auditoría, no son gestión, ni pueden sustituirla.

La gestión comprende todas las actividades organizacionales: a) el establecimiento de metas y objetivos, b) el análisis de los recursos disponibles, c) la apropiación económica de los mismos, d) la evaluación de su cumplimiento y desempeño institucional y e) la adecuada operación que garantice el funcionamiento de la organización.

Todo ello implica un análisis permanente para evaluar si se desarrolló una gestión adecuada. De ahí la importancia del control de gestión que, en un sentido amplio, incluye no solamente las conocidas 3 E sino 5 E: economía, eficacia, eficiencia, entorno, equidad ¹⁵. En ese sentido, este control necesita que se matice entre lo que hay que hacer y cómo hacerlo, exigiendo objetivos claros así como un conjunto de sistemas idóneos para desarrollar las acciones ¹⁶.

6. Las 3 E

La *economía*, desde el punto de vista de la auditoría operacional, es lograr el costo mínimos posible, es decir gastar solamente lo necesario o prudente para alcanzar una meta u objetivo. Economía no implica no gastar, ya que ello impide alcanzar los resultados deseados, sino hacerlo razonablemente.

La *eficacia* consiste en lograr o alcanzar los objetivos propuestos, las metas programadas, o los resultados deseados. De esta forma, una actividad, un proyecto o un programa, serán efectivas en la medida que los propósitos, metas o resultados sean obtenidos o logrados.

La eficacia es propia de la naturaleza de toda organización, dado que no podría concebirse organismo o ente público que careciera de objetivos, finalidades o propósitos que justifiquen su existencia. Es importante para lograr eficacia en la gestión, que las metas propuestas sean mensurables, claras y precisas ¹⁷.

Parejo Alfonso, señala que la eficacia está relacionada con la efectividad, definida como la cualidad de efectivo, “significando este adjetivo *real y verdadero, en oposición a lo quimérico, dudoso o nominal* y hacer efectivo *llevar a efecto*, es decir, y conforme al significado (entre otros) de esta última voz, *lo que se sigue en virtud de una causa*” ¹⁸.

14 RODRÍGUEZ, Héctor C. y VETULLE, Rubén A., “El control público moderno”, en Antología *Revista Olacefs*, México 1997.

15 FAURA LLIMÓS, Daniel, “La auditoría pública”, *Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, n° 12, Gasteiz, 1997.

16 Las Normas de Control Externo, dictadas por la Auditoría General de la Nación contempla como tipos de auditoría de gestión, la auditoría de economía y eficiencia y la auditoría de eficacia.

17 En este aspecto los “presupuestos por programas” permiten establecer las metas proyectadas por cada entidad pública.

18 PAREJO, Alfonso Luciano, *Eficacia y Administración -Tres estudios-* Colección Estudios INAP-MAP, Madrid, 1995, p. 92

Eficiencia, es un criterio que relaciona la productividad de las operaciones o actividades con una medida, criterio o estándar de desempeño.

Unida a un modelo de rendimiento, se configura a través de la relación entre la productividad -insumos y resultado- y el modelo o patrón de rendimiento¹⁹.

La eficiencia en el ejercicio de las funciones debe tener jerarquía constitucional y reflejarse en la estructura de la Administración Pública, que debe responder a prestar un verdadero servicio a la comunidad.

En la práctica de las organizaciones públicas se han distinguido diversos tipos de eficiencia²⁰:

a) eficiencia técnica y eficiencia económica: la primera apunta a la relación entre los recursos y los resultados físicos. La económica, atiende a la relación entre costes de utilización de los recursos con el valor de los resultados.

b) dentro de la eficiencia económica, se conocen la eficiencia en la asignación y la eficiencia productiva, según se trate de la distribución óptima de los recursos disponibles, o del rendimiento en la utilización de los recursos disponibles, producción a mínimo costo lo que implica una buena gestión

c) eficiencia operativa y adaptativa. La eficiencia operativa, vincula con la planificación a largo plazo, formulación precisa de objetivos y de estándares de actividad, La segunda, se relaciona con un entorno evolutivo y cambiante y por ende con la reformulación de objetivos mediante la flexibilidad.

Entre las nociones de eficacia y eficiencia existe un estrecho vínculo, pues mientras “la eficacia alude a la producción real o efectiva de un efecto, la eficiencia se refiere más bien a la idoneidad de la actividad dirigida a tal fin”²¹

7. Aspectos relevantes en materia de control público: La independencia del controlador y de los organismos de control

No podría concluirse un capítulo sobre control, sin hacer referencia a este principio.

La palabra independencia, viene del latín *in*, privado de, y *dependere*, estar pendiente.

La Canadian Comprehensive Auditing Foundation (CCAF) en una investigación realizada durante la década del 90, ilustró sobre el principio de independencia del auditor, admitiendo que en realidad nadie puede ser completamente independiente²².

Alcanzar la independencia requiere de la confluencia de varias circunstancias: primero, debe ser un “status” proclamado oficialmente tanto por la función dentro de la organización como una posición particular del individuo, segundo: las personas en funciones u ocupando esas posiciones deben ser reconocidas como capaces de una independencia de criterio y acción por virtud de sus conocimientos, experiencias, ética y profesionalismo²³.

19 MATA, Ismael, “Legalidad y Eficiencia en la Administración Pública”, en *Estudios sobre Tribunales de Cuentas y de Control Público*, Salta, 1998, p. 340.

20 PAREJO ALFONSO, Luciano, *op.*, pp. 97-98.

21 PAREJO ALFONSO, Luciano, *op.* y p. *cit.*

22 Rendición de Cuentas, Informe de rendimiento, auditoría comprensiva. Una perspectiva integrada. CCAF-FCVI, Canadá, 1996. Parte I, Cap.3.

23 IVANEGA, Miriam M., *Mecanismos...op. cit.*

Es un término que se asocia comúnmente con otros como neutralidad, objetividad, y también con adjetivos como separatista, no comprometido, sin aliados. Expresiones relacionadas incluyen los términos auto-confianza, auto-control, no partidario.

En el ámbito de la administración pública en general, se dice que es independiente una persona a quien le está permitido actuar libremente sin someter su criterio a la autoridad o al control o influencia de otros.

La *neutralidad*, un aspecto de la independencia, en su acepción vulgar lleva a la idea de “no tomar partido”. En forma consecuente, hablar de neutralidad política, es referirse al comportamiento que han de tener los funcionarios públicos en su apoyo al gobierno de turno y a la gente que fue electa para desempeñarlo.

Respecto al auditor gubernamental, según las Normas de la GAO, la independencia es fuente de credibilidad y es útil para la toma de decisiones de los responsables del manejo de los fondos y recursos públicos, debiendo, en consecuencia, realizarse y desarrollarse sobre una base sólida de conceptos técnicos sistematizados. Así, la preservación de esta condición es exigida en la medida que se pretendan lograr opiniones, conclusiones, juicios y recomendaciones imparciales, siendo esencial que los auditores no solo sean de hecho independientes e imparciales, sino también que así sean considerados por terceros.

Por ello, “...el auditor no solo *debe ser* independiente sino que además *debe parecerlo...*” En la búsqueda de normas que consagren la independencia del auditor, el campo de los profesionales en ciencias económicas nos ofrecen códigos de ética y normas de auditoría sancionadas por los Consejos Profesionales, en los que en general se prevén conductas que suponen falta de independencia, sin contener una norma general.

Esta cualidad principio involucra la idea que, durante la actuación profesional, los funcionarios que controlan deben mantener una actitud independiente y una posición de objetividad total, especialmente frente a la propia estructura administrativa²⁴.

La formas de garantizarlo, implican el cumplimiento de ciertas normas:

- Imparcialidad: entendida como consideración objetiva de los hechos y su juicio imparcial por el auditor.
- Apariencia de imparcialidad: evitar cualquier actitud que implique dudar de la independencia del auditor.
- Ausencia de incompatibilidad: inexistencia de circunstancias personales o externas que disminuyan la independencia.

Atentan contra ella, los nombramientos de dudosa compatibilidad, las selecciones inadecuadas de personal, la alteración o manipulación de informes técnicos.

En consecuencia, la independencia debe presentarse hacia “dentro” de la estructura administrativa y hacia “fuera” de ella. Esto implica evitar presiones no solo de índole externa -políticas, económicas- sino también de carácter interno, evitando presiones y problemas derivados de las estructuras políticas-administrativas.

Otros tres aspectos que constituyen pilares de la independencia de los auditores²⁵:

24 Incorporado al documento “Principios y Normas de Auditoría del Sector Público” elaborado por la Comisión de Coordinación de los OCEX, publicado en 1992. En ORDOQUI URDACI, Luis, “La independencia de los auditores”, *Revista Auditoría Pública*, España 2001.

25 ORDOQUI URDACI, Luis, *op.cit.*

1. Selección objetiva basada en el mérito y capacidad: Se debe garantizar que el proceso de selección del personal por parte de los organismos de control, resulte objetivo y basado en el mérito. Esta garantía debe estar presente tanto en los concursos internos como en los externos.

2. Estatuto o régimen particular de incompatibilidades

3. Establecimiento de mecanismos que permiten evitar alteraciones de su trabajo técnico: por ejemplo el tiempo excesivo entre los trabajos de campo y la aprobación definitiva de los informes. Las sucesivas fases al que es sometido el informe original que elaboran los auditores, muchas veces ocasiona que el resultado final suela diferir de las evidencias y recomendaciones puestas de manifiesto en un principio. En este sentido, se sostiene que los informes "...sufren todo tipo de retoques, matizaciones, adaptaciones, etc., por parte de los auditores jefes, jefes de departamento, asesores, comisiones técnicas, consejeros, plenos, etc. muchas veces, sin el fundamento y coherencia necesarios, lo que puede llegar a desvirtuar en gran parte el contenido inicial de aquellos informes..."

II. EL CONTROL PÚBLICO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

En la República Argentina, a partir de 1993 la Ley N° 24.156 estableció los sistemas de control interno y el control exterior, revalorizando el control de gestión como herramienta necesaria, para que el funcionario público pueda orientar sus acciones hacia la consecución de los objetivos públicos puestos a su cargo, incluyendo las 3 E y diferenciando las competencias del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo.

Reconoce su origen en el Sistema Integrado Modelo de Administración Financiera para América Latina y el Caribe (SIMAFAL), los interesados en los sistemas de control son:

- Los poderes del Estado, los órganos que secundan su labor
- El ciudadano y sus representantes.
- Los partidos políticos
- La doctrina política de derecho constitucional y administrativo, de la contabilidad pública y finanzas
- Los funcionarios responsables y cuentadantes
- Los medios de comunicación social
- Los acreedores externos

1. El sistema de control interno

La Ley N° 24.156 establece los siguientes principios:

1. La autoridad superior de cada jurisdicción o entidad dependiente del Poder Ejecutivo nacional es la responsable de mantener un adecuado sistema de control interno, el cual incluirá los instrumentos de control previo y posterior incorporados en el plan de organización y en los reglamentos y manuales de procedimiento de cada organismo y la auditoría interna.

2. La auditoría interna es un servicio a toda la organización y consiste en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades a que hace re-

ferencia esta ley, realizada por los auditores integrantes de las unidades de auditoría interna. Las funciones y actividades de estos auditores internos deben mantenerse desligadas de las operaciones sujetas a su examen²⁶.

3. El marco conceptual de este control implica una visión integradora de toda la actividad pública, por ello el criterio de un control integral e integrado abarca, por un lado, los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión y, por el otro, forma parte de los procedimientos que se establezcan para la toma de decisiones²⁷.

4. El Órgano Rector del sistema (Sindicatura General de la Nación) tiene la obligación de informar a: el Presidente de la Nación acerca de la gestión financiera y operativa de los organismos comprendidos dentro del ámbito de su competencia; la Auditoría General de la Nación, sobre la gestión cumplida por los entes bajo fiscalización de la Sindicatura y a la opinión pública, en forma periódica²⁸.

Este régimen de control interno permite que el responsable de la toma de decisiones en los organismos públicos cuente con información veraz, oportuna y confiable sobre la gestión administrativa.

Además de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) el sistema se conforma con las Unidades de Auditoría Interna (UAI).

A. La Sindicatura General de la Nación

Es una entidad con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del Presidente de la Nación.

La ley ha puesto a su cargo el control interno de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependan del mismo, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica.

Es un organismo unipersonal, su titular es el Síndico General de la Nación, -designado por el Poder Ejecutivo Nacional de quien depende directamente- y es asistido por tres (3) Síndicos Generales Adjuntos, que lo sustituirán en caso de ausencia, licencia o impedimento, designados por el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta del Síndico General de la Nación. El Síndico General de la Nación tiene la representación legal del organismo; es el encargado de organizar y reglamentar el funcionamiento interno; designa al personal, lo promueve, dispone sus licencias, cesantías, exoneraciones; administra su presupuesto, entre otros.

Las funciones de control interno de la SIGEN, se dirigen a las jurisdicciones y entidades dependientes de la Presidencia de la Nación, pero en ningún caso al propio Presidente de la Nación, cuyos actos, obviamente, no están sujetos a su control, criterio que además ha seguido la Procuración del Tesoro de la Nación²⁹

26 Conf. Artículo 102°.

27 Conf. Artículo 103°.

28 Conf. Artículo 107°. El artículo 102° inc.h) establece también que el Síndico General de la Nación debe informar a la Auditoría General de la Nación de actos o conductas que impliquen irregularidades, de las que tuviere conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

29 Dictámenes 236:354.

Sus funciones específicas son tres: normativa, de supervisión y coordinación.

Además, de tener a su cargo la supervisión sobre la auditoría interna y las estructuras de control interno de los organismos, puede ejecutar por sí auditorías integrales e integradas conforme al artículo 104 de la ley.

De acuerdo a esta disposición son funciones de la SIGEN³⁰:

- a. Dictar y aplicar normas de control interno.
 - b. Emitir y supervisar la aplicación de las normas de auditoría interna
 - c. Supervisar el cumplimiento de las normas contables emanadas de la Contaduría General de la Nación.
 - d. Supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno.
 - e. Establecer requisitos de calidad técnica para el personal de las UAI.
 - f. Aprobar y supervisar los planes anuales de trabajo elaborados por la UAI.
 - g. Realizar o coordinar la realización por parte de estudios profesionales de auditores independientes, de auditorías financieras, de legalidad, de gestión, estudios especiales, así como orientar la evaluación de programas, proyectos y operaciones.
 - h. Comprobar la puesta en práctica, por parte de los organismos controlados, de las observaciones y recomendaciones efectuadas por las UAI.
 - i. Asesorar al Poder Ejecutivo Nacional y autoridades de las jurisdicciones y entidades en materias de su competencia.
 - j. Formular a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, recomendaciones tendientes a asegurar el cumplimiento normativo, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de economía, eficiencia y eficacia.
 - k. Informar al Poder Ejecutivo Nacional los actos que hubiesen acarreado o que pudieran hacerlo, significativos perjuicios para el patrimonio público.
 - l. Mantener un registro central de auditores y consultores.
 - m. Ejercer las funciones del artículo 20 de la Ley N° 23.696 en materia de privatizaciones, sin perjuicio de la actuación de la Auditoría General de la Nación.
- Posteriormente -por Decreto N° 293/93- se agregaron cuatro incisos a la ley, incluyendo:
- n. Ejercer todas las funciones de control derivadas de las Leyes 23.696 y 23.982 y sus reglamentaciones.
 - o. Realizar las tareas correspondientes a la auditoría de juicio conforme al artículo 31 del Decreto N° 2140/91.
 - p. Efectuar un seguimiento adecuado de declaraciones patrimoniales de funcionarios públicos, vigilando el cumplimiento de esas obligaciones.
 - q. Verificar la efectiva adopción de las medidas tendientes a la prosecución oportuna en sede judicial del resarcimiento de los daños patrimoniales causados por los responsables realizando un seguimiento permanente sobre esas causas.

30 Artículo 104°.

Este organismo se encuentra facultado para requerir de la Contaduría General de la Nación y de los organismos comprendidos en el ámbito de su competencia, la información que le sea necesaria, para el cumplimiento de sus funciones. Los agentes y/o autoridades del sector público nacional deben prestar su colaboración, considerándose la conducta adversa como falta grave.

Disposiciones dictadas con posterioridad a la Ley N° 24.156, le atribuyeron otras funciones en materia de responsabilidad patrimonial de los funcionarios³¹, control de precios testigos, planes de desarrollo social.

El control ejercido por la SIGEN tiene a mí entender tres particularidades:

- a. *Puede* revestir el carácter de previo y posterior, aunque el primero solo en forma excepcional.
- b. La auditoría es, principalmente, la técnica de control que aplica.
- c. El sistema de control interno es complejo pues intervienen tres sujetos: la autoridad superior de cada jurisdicción, las Unidades de Auditoría Interna y la SIGEN.

Respecto al último punto, la ley no deja dudas acerca del tipo de control a cargo de las autoridades superiores y de las Unidades de Auditoría Interna: las primeras deben implementar y mantener un sistema de control interno adecuado a la organización, el cual *deberá incluir instrumentos de control previo y posterior*. Este criterio es consecuente con la concepción que considera al control interno como un proceso dentro de la misma organización.

En mi opinión, es indudable que la Ley N° 24.156 tuvo como objetivo, en materia de control, *eliminar el control previo con el esquema de los Tribunales de Cuentas* e introducir la metodología aplicable en los países anglosajones, es decir la auditoría. No puede discutirse que ésta fue la filosofía que imperó en la reforma de la Administración Financiera, apuntando a evitar la continuidad de instrumentos de control previo, como la observación legal y el “intervenido conforme”.

B. Las Unidades de Auditoría Interna

Por imposición legal, estos órganos son creados en cada jurisdicción y entes del Poder Ejecutivo nacional, dependen jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo.

Tienen a su cargo, el examen posterior de las actividades financieras y administrativas, bajo la supervisión y coordinación técnica de la Sindicatura General. Deben verificar el cumplimiento de las políticas, planes y procedimientos establecidos por la máxima autoridad del organismo del que dependen, revisar y evaluar la aplicación de los controles operativos, contables, de legalidad y financieros, controlar el ajuste de las erogaciones a las normas legales y de contabilidad, produciendo informes sobre las actividades que desarrollan y formulando recomendaciones u observaciones.

Los informes resultantes de las auditorías que llevan a cabo, provienen de tareas realizadas por equipos de trabajo interdisciplinarios.

31 Este tema será analizado en el Capítulo V.

2. El sistema de control externo

A. La Auditoría General de la Nación

La Ley N° 24.156, en el Título VII, regula las atribuciones y conformación de este organismo, creado como una entidad con personería jurídica propia, en el ámbito del Poder Legislativo, considerado su brazo técnico, con autonomía funcional.

Fue incorporado a la Constitución Nacional, en la reforma del año 1994. Es un órgano colegiado, cuyo Presidente es designado a propuesta del partido político de oposición, con mayor número de legisladores en el Congreso.

Tiene a su cargo el control externo posterior, que ejerce a través de la técnica de auditoría; el Congreso de la Nación puede ampliar su competencia; carece de facultades jurisdiccionales para deslindar las responsabilidades de los funcionarios públicos y de atribuciones para aplicar multas y formular observaciones con carácter suspensivo.

La AGN ha dictado una serie de normas vinculadas con su función de control, entre ellas las Normas de Auditoría Externa -Resolución AGN N° 145/93-.

La figura de la AGN en el ámbito del Poder Legislativo, deviene del principio de división de poderes, que lleva insito la concepción del control recíproco entre ellos. Con el objeto de contrapesar el actuar del Poder Ejecutivo, el Legislativo ejerce un control sobre su actividad administrativa.

En realidad en el esquema normativo aplicable, encontramos que en sentido estricto, el órgano de control externo es el Congreso Nacional, y la AGN su asistente.

La autonomía funcional que se le atribuyó, implica ejercer su función técnica de control sin que sea intervenida por el Congreso Nacional, así como darse su propio reglamento de funcionamiento interno sin necesidad que deba ser ratificado por éste³².

La actividad desarrollada por la Auditoría, es esencialmente administrativa -técnica- y consultiva, de lo cual deriva que la ley ha pretendido privilegiar la función fiscalizadora por sobre la tradicional asignación de facultades jurisdiccionales³³.

Como se señaló, la reforma de la Carta Magna de 1994, reafirmó los modernos criterios de control de gestión establecidos en la mencionada ley y confirmó la autarquía de este organismo con su función principal de asistir técnicamente al Congreso de la Nación, poder en el que reside la facultad de control, según nuestro sistema republicano de gobierno.

El artículo 85 de la Constitución Nacional expresa: “El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación. Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será

32 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, 2° Edición actualizada, Editorial Zavallá, Buenos Aires, 1997, *op.cit.* 541.

33 MERTEHIKIAN, Eduardo, “Algunas consideraciones acerca del control parlamentario del Sector Público Nacional” en *Homenaje al Profesor Miguel S. MARIENHOFF -Obra colectiva-*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso. Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue, Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos³⁴.

Es indudable que el fin del constituyente ha sido fortalecer la función de control propia del Congreso Nacional dotándolo de un órgano técnico idóneo para ese cometido. Inserto en su estructura, se pretende que el control pueda llevarse a cabo con solvencia y amplitud, en forma efectiva y eficiente³⁴.

Este tipo de órgano retroalimenta la tarea de legislador, que al ejercer el control parlamentario, no solo cumple con una etapa natural de toda gestión, sino que cumple con una función específica y no delegable atribuida constitucionalmente.

Es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal y de gestión, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos³⁵.

La ley asigna a la AGN las siguientes funciones³⁶:

1. *Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias respecto a la utilización de los recursos del Estado, con posterioridad al dictado de los actos correspondientes*

Se confirma que el tipo de control de legalidad que ejerce este organismo, es el denominado “posterior”, produciéndose una modificación integral respecto al sistema de control de la derogada Ley de Contabilidad.

2. *Realizar auditorías financieras, de legalidad, de gestión, exámenes especiales de las jurisdicciones y de las entidades bajo su control, así como las evaluaciones de programas, proyectos y operaciones*³⁷.

En concordancia con las competencias establecidas en el artículo 117° de la ley, la técnica de control aplicable es el de auditoría, abarcando no solo la legalidad y los aspectos financieros, sino también la gestión pública³⁸.

3. *Auditar, a unidades ejecutoras de programas y proyectos financiados por los organismos internacionales de crédito.*

La AGN, en su carácter de auditor externo independiente, examina por ejemplo los estados financieros, correspondientes proyectos financiados, total o parcialmente por organismos internacionales. El control en este caso abarca el estado de origen y aplicación de fondos. Este tipo de auditoría, se suele practicar de conformidad con las Normas de Auditoría Externa emitidas por este órgano de control externo, que resultan compatibles

34 QUEVEDO MENDOZA, Efraín, en *Reforma Constitucional Interpretada* (IEDA) Luis SARMIENTO GARCÍA y otros, Editorial Depalma, Buenos Aires 1995.

35 Artículo 117.

36 Artículo 118.

37 La AGN puede realizar estos trabajos directamente o mediante la contratación de profesionales independientes de auditoría.

38 En cuanto a la auditorías de gestión, operacional, de proyectos y programas, v., Capítulo I

con las de aceptación general en la República Argentina para la profesión contable, con las recomendadas por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI)³⁹. El dictamen de la auditoría de estados financieros, se limita a los fondos recibidos y gastos realizados por el organismo gubernamental de ejecución del proyecto.

En el caso de las auditorías de gestión se verifican los resultados obtenidos y los procesos implementados por los programas financiados a fin de alcanzar sus objetivos, se consideran los objetivos del programa a desarrollar, el esquema de su ejecución, los instrumentos aplicados para su logro, las funciones y responsabilidades de cada uno de los sectores intervinientes en la operatoria, los beneficiarios de la implementación de los programas, el costo de su aplicación, la financiación externa y su desembolso.

4. *Examinar y emitir dictámenes sobre los estados contables financieros de los organismos de la administración nacional, al cierre de cada ejercicio.*

La auditoría de estados contables comprende la aplicación de pruebas selectivas para obtener evidencias respaldatorias de las afirmaciones y cifras relevantes, la evaluación de las estimaciones importantes efectuadas por el organismo o ente, la revisión de las normas contables de valuación y exposición y el control de la presentación general de los estados contables.

Las normas de control aplicables son las contenidas en la Resolución N° 145/93, compatibles con las adoptadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal. Según se expresa en los respectivos informes de auditoría dichas normas exige a los auditores, la adecuada planificación, ejecución y conclusión de la auditoría para poder establecer con un nivel razonable de seguridad, que la información proporcionada por los estados contables en su conjunto carece de errores o distorsiones significativas⁴⁰.

5. *Controlar la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público y efectuar exámenes especiales para formarse opinión sobre la situación de este endeudamiento.*

La Ley N° 24.156 le asigna una mayor participación al Congreso, en términos de endeudamiento público, la cual se ve fortalecida por la competencia de la AGN en dicha materia.

Estas funciones comprenden el relevamiento y la evolución del stock de la Deuda Pública, las tasas de interés promedio de las obligaciones asumidas, plazo promedio de vencimiento de la deuda pública, distinguiendo según se trate de títulos públicos, en moneda extranjera y en pesos, préstamos de organismos multilaterales (BID, BIRF, FMI, etc.), deuda con el Club de París, organismos bilaterales y deuda comercial y, deuda con otros acreedores. Se incluyen los bonos de consolidación, analizando el flujo de caja. El stock de la deuda se analiza en función de la satisfacción del pago de intereses y su incremento o disminución con relación al endeudamiento neto y la variación de deuda. En oportunidad de auditar la deuda pública al primer semestre de 1999⁴¹ la AGN analizó la tasa media de intereses abonada y comprendiendo los efectos de las crisis de otros países, como las políticas y sus efectos sobre la administración de pasivos que disminuyeron los stocks de los bonos del Plan Brady y Bocon.

39 En el caso de proyectos financiados por el PNUD, se incorpora la compatibilidad normativa con el "Manual de Gestión de Proyectos de Cooperación Técnica ejecutados por el Gobierno" del PNUD.

40 Auditorías contables aprobadas por Resoluciones AGN n° 25/2001, 29/2001, 32/2001, entre otras.

41 Aprobada por Resolución n° 64/2000.

6. *Auditar y emitir dictamen sobre los estados contables financieros del Banco Central de la República Argentina independientemente de cualquier auditoría externa que pueda ser contratada por aquélla.*

En cuanto a la competencia del Banco Central, la responsabilidad de la AGN se limita a expresar una opinión sobre los estados contables (Estado de Resultados, Estado de Evolución del Patrimonio Neto, notas y anexos que forman parte integrante de los estados contables).

El examen se realiza de acuerdo con las normas de auditoría aludidas aprobadas por la AGN mediante Resolución N° 156/93 que son compatibles con las dictadas por la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

Los informes de auditoría que se realizan suelen dejar sentado que una “auditoría implica examinar selectivamente los elementos de juicio que respaldan la información expuesta en los Estados Contables, y no tiene por objeto detectar delitos o irregularidades intencionales. Asimismo, incluye el análisis de la aplicación de las normas contables profesionales y de la razonabilidad de las estimaciones de significación hechas por la Entidad”.⁴² En virtud de ello, el examen concluye determinando si los estados contables presentan o no, razonablemente, en todos sus aspectos importantes, la información sobre la situación patrimonial -a determinada fecha- del Banco Central de la República Argentina, los resultados de sus operaciones y la evolución de su patrimonio neto por el ejercicio objeto de control, de acuerdo con las normas aplicables.

7. *Realizar exámenes especiales de actos y contratos de significación económica, por sí o por indicación de las Cámaras del Congreso o de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas.*

Su caracterización como entidad autárquica dentro del Poder Legislativo, justifica que el propio Congreso pueda indicar a la AGN la verificación de ciertos actos o contratos. No se establece que ha de entenderse por significación económica, por lo cual ha de interpretarse que entra en la esfera de la discrecionalidad del órgano de control externo, de las Cámaras del Congreso y de la Comisión legislativa mencionada, considerar, según el caso qué actos y contratos deben ser objeto de control especial.

Entiendo que los “exámenes especiales” a que alude la norma, deben ser entendidos en el marco de las funciones de control de la AGN, es decir control posterior y mediante la técnica de auditoría.

La circunstancia que este organismo tenga autonomía funcional, no implica que el Congreso no pueda encomendarle actividades de control, pero lo que no puede hacer es indicarle o darle instrucciones de cómo hacerlo.⁴³

8. *Auditar y emitir opinión sobre la memoria y los estados contables financieros así como del grado de cumplimiento de los planes de acción y presupuesto de las empresas y sociedades del Estado.*

Caben en este aspecto las mismas consideraciones que las expuestas en el punto d).

9. *Fijar los requisitos de idoneidad que deberán reunir los profesionales independientes de auditoría referidos en este artículo y las normas técnicas a las que deberá ajustarse el trabajo de éstos.*

42 Resolución n° 99/2000.

43 Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *op.cit.*, p. 540.

Entiendo que esta función es propia de la naturaleza jurídica otorgada al organismo, de tal forma que aún no escrita hubiese podido ser ejercida.

10. *Verificar que los órganos de la Administración mantengan el registro patrimonial de sus funcionarios públicos. Al respecto, se establece en forma expresa que “todo funcionario público con rango de ministro; secretario, subsecretario, director nacional, máxima autoridad de organismos descentralizados o integrante de directorio de empresas y sociedades del Estado, está obligado a presentar dentro de las cuarenta y ocho horas de asumir su cargo o de la sanción de la presente ley una declaración jurada patrimonial, con arreglo a las normas y requisitos que disponga el registro, la que deberá ser actualizada anualmente y al cese de funciones”⁴⁴.*

La competencia de la AGN, a mi entender, no consiste en controlar la presentación de las declaraciones juradas, funciones que corresponden a la Oficina Anticorrupción, según se verá en el Capítulo IV, punto 4 f), sino solamente verificar que los organismos lleven el registro patrimonial de sus funcionarios, como uno de los contenidos de la gestión administrativa.

Para el desempeño de sus funciones, la AGN puede:

1. *Realizar todo acto, contrato u operación que se relacione con su competencia:*

Derivación lógica de su carácter autárquico. Caben incluir aquí solamente aquellos actos, contratos u operaciones necesarios para el ejercicio de control externo a su cargo.

2. *Exigir la colaboración de las entidades del sector Público, las que se encuentran obligadas a suministrar los datos, documentos, antecedentes e informes relacionados con el ejercicio de sus funciones.*

Esta norma es similar a la contenida en el artículo 106 de la Ley 24.156, relacionada con la SIGEN. Respecto a ello la Procuración del Tesoro de la Nación entendió que “ Si bien la AGN puede exigir la colaboración de todas las entidades del sector público las que están obligadas a suministrar los datos, documentos, antecedentes e informes relacionados con el ejercicio de sus funciones, la regla de la colaboración en modo alguno debe ser identificada con la inaplicabilidad de las disposiciones que regulan el trámite al que todos los órganos del Estado -y no sólo la AGN- deben ajustarse para acceder a documentos, actos o cualquier antecedente que obre en poder de otro organismo del Estado”⁴⁵.

3. *Promover las investigaciones de contenido patrimonial en los que casos que corresponda, comunicando sus conclusiones a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas.*

La inclusión de esta atribución debe ser interpretada en consonancia con todo el sistema de control externo. Por ende, no podría considerarse que la presente disposición habilita a la AGN a instaurar procedimientos especiales de determinación de responsabilidad patrimonial, a semejanza del disuelto Tribunal de Cuentas de la Nación.

En consecuencia, ha de entenderse que le corresponde instar a los organismos y entidades, que se encuentran bajo la órbita de su control, a iniciar las investigaciones correspondientes.

Asimismo, entiendo que el inciso trata de investigaciones administrativas y no judiciales, dado que no se le ha atribuido competencia específica para demandar judicialmente

El mismo artículo 119, impone al organismo el deber de:

44 Artículo 118 inc.j).

45 Dictámenes 235:345.

4. *Formular los criterios de control y auditoría y establecer las normas de auditoría externa. Los criterios y normas deben atender a un modelo de control y auditoría externa que abarque los aspectos financieros, de legalidad y de económica, de eficiencia y eficacia.*

La AGN ha dictado

5. *Presentar la memoria de su actuación a la Comisión Parlamentaria Mixta antes del 1° de mayo de cada uno.*

Esta obligación se coordina con el artículo 127 de la ley que contemple que el control de las actividades de la AGN se encuentra a cargo de la referida comisión.

6. *Publicitar todo el material del inciso anterior con excepción del aquel, que por decisión de la Comisión Parlamentaria, deba permanecer reservado.*

La publicidad de la actividad del órgano de control externo es propia del Estado de Derecho, contribuyendo a una gestión transparente, pues cuanto mayor es la publicidad, mayor es el control social⁴⁶.

De acuerdo al mencionado artículo 117 su control comprende la Administración Central, descentralizada, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, entes privados de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos.

III. CONCLUSIÓN

Transcurrida más de una década desde la sanción de la Ley N° 24.156 en la República Argentina, cabe reflexionar sobre los cambios introducidos en materia de control público. Advierto que la implementación de nuevos sistemas, regímenes o estructuras no es mejor o peor, bueno o malo en sí mismo; dado que todo cambio debe producirse luego de evaluar su verdadera efectividad en cuanto a la aplicabilidad a un Estado determinado. No ha sido poco frecuente que en Latinoamérica se haya caído en el facilismo de criticar y producir cambios por el solo hecho de destruir el pasado, sin evaluar las necesidades sociales.

Entiendo que el régimen de control instituido por la Ley N° 24.156, ha sido acertado. *El problema no está en el sistema instituido, sino en evaluar los motivos por los cuales sus resultados no son los esperados*, y en este aspecto creo que existen diversos factores involucrados.

De ahí que resulte necesario revisar su aplicación, considerar las ventajas del control interno, la necesidad de preservarse la independencia de quienes controlan, evitando interferencias de índole política. Alcanzar la independencia requiere de la confluencia de varias circunstancias, pues ha de predicarse tanto para dentro de la estructura administrativa como para fuera. Esto implica evitar presiones externas e internas propias de estructuras políticas-administrativas. La elección de los funcionarios es una de las cuestiones que debe debatirse a efectos de garantizar dicho principio.

46 V., IVANEGA Miriam, *Mecanismo...op.cit.*

Para ello, y conforme lo demanda una organización pública eficiente, es menester tender a una auténtica profesionalización de los agentes públicos, cuya actividad se oriente a cumplir sus funciones conforme al principio de legitimidad. El funcionario público y en particular el personal superior o directivo de los organismos de control deben estar alejado del clientelismo político. *La neutralidad política, la imparcialidad y objetividad son principios ineludibles que deben ser observados en el nombramiento y promoción del personal.*

En ese contexto, la ética en el ámbito público no puede reducirse a una cuestión o problema de criterios, pues implica mucho más que eso. De la contradicción entre lo que “debe hacerse” y lo que “se hace”, de la diferencia entre lo “que se dice” y la “conducta”, derivan situaciones complejas. Subsumir estos antagonismos en una única causa, aislándolos y considerándolos consecuencia de actitudes individuales, es una equivocación.

En síntesis, la revalorización del ejercicio del control público permitirá entender, tanto que el objetivo de éste se centra en la obtención del “bienestar general”

El control y la responsabilidad pública resultan elementos ineludibles, integrantes necesarios de la organización en un Estado de Derecho y democrático, respetuoso de los derechos y garantías de la sociedad. En ese contexto, los organismos de control, se convierten en instrumentos jurídicos necesarios e imprescindibles para lograr la satisfacción de los intereses de la comunidad.

**CUARTA PARTE:
EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO
DEL ESTADO**

§18. INTRODUCCIÓN AL SISTEMA PRESUPUESTARIO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO Y EN SU REGLAMENTO N° 1

Giancarlo Henríquez Maionica
Abogado

I. INTRODUCCIÓN

Para poder hacer cualquier gasto se requiere de un ingreso, o al menos, de una expectativa de éste. Esta es una realidad que tiene lugar tanto para con los particulares, como para con la Administración. Pero no obstante tal dimensión subjetiva entre los particulares y el Estado, interesa aquí sólo lo relativo a la Administración, y en especial, a tenor de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, y el Reglamento número 1 de ésta. Pues bien, en este sentido, y como ya se sabe, la administración del sector público deriva de la actividad económica o financiera del Estado: Se obtienen ingresos que son distribuidos a su vez para satisfacer las necesidades públicas.

Con esto se quiere decir que se captan ingresos para costear los servicios que satisfarán las necesidades de la colectividad, bien a través de los servicios públicos propiamente dichos, o bien mediante actividad subvencional o actividad de policía. Esta captación y posterior costeo es lo que en líneas muy generales se conoce como presupuesto público. Pero bajo esta presunta sencillez conceptual, encontramos problemas sustanciales a considerar, tal como por ejemplo, el de la naturaleza del presupuesto en sí: ¿Es un acto administrativo o una Ley?, o el de la incidencia presupuestaria en la vigencia de los derechos fundamentales: ¿Éstos se rinden a los “avatares presupuestarios”?

También hay que tener en cuenta, en este sentido, los controles ex ante (el control de la Asamblea Nacional) y ex post (el control fiscal de la Contraloría) que se ejercen sobre el presupuesto público. Algunos de estos aspectos, de una u otra forma, tienen que ser precisados y, algunos otros, tienen que ser repensados. Dicho esto, luego de analizar todos los aspectos anteriores, se sistematizará el ciclo presupuestario, y en concreto, las actividades de formulación, ejecución y evaluación, siempre a tenor de la Ley de Administración Financiera y su Reglamento número 1. Todo este análisis se hará globalmente en una primera parte (I.).

Hechas esas precisiones, de seguidas y en una segunda parte (II.) se expondrán los principios presupuestarios básicos que surgen de la Ley especial y de su Reglamento número 1. Entre tales principios encontraremos el de equilibrio (que, como se verá, debe redefinirse en cuanto eficiencia y razonabilidad), el de anualidad (cuya vigencia data del siglo XVII hasta nuestros días) con sus excepciones (la ejecución de proyectos y la reconducción), el de unidad y no afectación específica (en cuanto omnicomprensión del presupuesto, y la a veces ausencia de paso por el Tesoro), el de especificidad o especialidad (que si bien con éste se precisa el quién y el cómo del presupuesto, en la realidad

pareciera que tales precisiones son desconocidas) y el de la validez de las obligaciones contraídas (con especial énfasis en la validez contractual ante la inexistencia previa de partida presupuestaria).

En orden a todo lo expuesto, si bien el análisis de la obtención, distribución y ejecución que se hace del presupuesto, o si se quiere, del dinero público, ha determinado la existencia de un derecho presupuestario, lo que interesa aquí son básicamente dos cosas: Una es rescatar del olvido doctrinario algunas precisiones, y la otra, es plantear otras tantas redefiniciones sobre aspectos que la jurisprudencia, y la propia Administración, tienden a usar en su significado histórico, y por ende, superado. Todo esto se hace sin pretensión de exclusividad conceptual ni de exhaustividad alguna (aspecto este último que se evidencia, por ejemplo, en la ausencia de análisis de los fondos en avances y en anticipo), pero sí con ánimo de contribuir a la actualización del sistema presupuestario, en especial, bajo la Ley Orgánica de Administración Financiera y su Reglamento número 1.

II. EL PRESUPUESTO PÚBLICO EN VENEZUELA

1. El presupuesto público. Un concepto necesariamente controlado e innecesariamente ambivalente

A. La concepción de presupuesto: ¿Ley o acto administrativo?

Como bien se sabe, mientras que por un lado los presupuestos privados “son solamente actos de previsión de ingresos y de gastos”, por otro lado, “los presupuestos públicos son actos de previsión y además de autorización de ingresos y de gastos. Ello significa que para los particulares y para las empresas privadas los presupuestos son únicamente actos económicos; para el Estado y las colectividades públicas los presupuestos son, además, actos jurídicos, actos creadores de derechos y de obligaciones”¹. Y es en este sentido que se ha dicho que el presupuesto es “un acto de gobierno mediante el cual se prevén los ingresos y los gastos estatales, y se autorizan estos últimos para un futuro determinado”². En este mismo orden de ideas, ya se le ha considerado al presupuesto como un acto político³.

Hecha esta precisión, hay que tener en cuenta que tanto en el ámbito legal, con el artículo 7 de la Ley especial, como en el doctrinal⁴, tales ingresos y gastos pueden ser por un lado, corrientes o recurrentes, si se han producido o se producirán por más de tres años, y por otro lado, de capital, cuando derivan de “ventas de activos y por concepto de transferencias con fines de capital”, o si por el contrario, permiten acumular esos acti-

1 DUVERGER, Maurice, *Hacienda Pública*, Bosh, Barcelona, 1968, p. 180. Traducción de Finances Publiques, Presses Universitaires de France, Paris, por José Luis RUIZ TRAVESÍ.

2 VILLEGAS, Héctor, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 125.

3 RACHADELL, Manuel, *Lecciones sobre Presupuesto Público*, Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, p. 18. También en este sentido, para algunos apuntes históricos del presupuesto, véase en el derecho venezolano a CARRILLO BATALLA, Tomás Enrique, *El proceso presupuestario venezolano*, Consejo Municipal del Distrito Federal, Caracas, 1968, y en el derecho foráneo a BARRAZA, Javier y SCHAFRIK, Fabiana, *El Control de la Administración Pública*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 34 y ss.

4 PERNAUT ARDANAZ, Manuel y ORTIZ, Eduardo José, *Introducción a la teoría económica*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1995, p. 333.

vos. También al lado de esta bifurcación de ingresos y de gastos se han colocado aquellos ingresos o gastos extraordinarios, como por ejemplo los provenientes de operaciones de crédito público, así como de la concesión de préstamos.

Los presupuestos públicos “expresan los planes nacionales, regionales y locales, elaborados dentro de las líneas generales del plan de desarrollo económico y social de la Nación aprobadas por la Asamblea Nacional, en aquellos aspectos que exigen, por parte del sector público, captar y asignar recursos conducentes al cumplimiento de las metas de desarrollo económico, social e institucional del país; y se ajustarán a las reglas de disciplina fiscal contempladas en esta Ley y en la Ley del marco plurianual del presupuesto”. Así lo establece el artículo 10 de la Ley de Administración Financiera. Pues bien, como se puede observar, para precisar el presupuesto público deben intervenir casi a plenitud los Poderes Públicos, ya que mientras el Poder Ejecutivo elabora sus líneas generales, éstas requieren la autorización del Poder Legislativo.

a. *La necesaria distinción conceptual entre el presupuesto y la Ley de Presupuesto.* Pues bien, en orden a esta intervención casi plena, surge la siguiente duda: ¿El presupuesto como previsión de ingresos y gastos del Estado y autorización de éstos, es una Ley o es un acto administrativo?. En este sentido, los artículos 311 y 313 de la Constitución disponen que “El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional para su sanción legal un marco plurianual para la formulación presupuestaria que establezca los límites máximos de gasto y endeudamiento que hayan de contemplarse en los presupuestos nacionales”. También en el segundo de dichos artículos se establece que “La administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley. El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional, en la oportunidad que señale la ley orgánica, el proyecto de Ley de Presupuesto”.

Si a tenor del artículo 202 de la Constitución la Ley es “el acto sancionado por la Asamblea Nacional”, no hay duda que la Ley del marco plurianual para la formulación presupuestaria o la Ley de Presupuesto son Leyes. La cuestión radica en determinar si todo lo que contiene la Ley es absorbido sustancialmente por ésta o si, por el contrario, la Ley puede diferir de su contenido. En otras palabras, hay que precisar si todo lo que está previsto en la Ley es también Ley, o si ésta puede separarse de lo que contempla propiamente. Ya desde el siglo XVIII se ha considerado que “cuando todo el pueblo se estatuye sobre sí mismo, sólo se considera a sí mismo, y se establece entonces una relación: la del objeto en su totalidad desde un punto de vista, y objeto en su totalidad, considerado desde otro punto de vista, pero sin ninguna división del todo. Entonces la materia sobre la cual se estatuye es general, al igual que la voluntad que la estatuye. Es a este acto a lo que yo llamo una ley”⁵.

A pesar de que la Ley sea una manifestación de la voluntad general, no por tal razón todo lo que ella contempla es Ley. La manifestación es así separable de lo manifestado. En realidad el presupuesto para ser tal no tiene que ser considerado como Ley, debido a que ésta se hace menester sólo para perfeccionarlo sin que se confunda con él, aún cuando para algunos el presupuesto sí tenga propiamente naturaleza de Ley⁶.

5 ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social*, Ciudad Universitaria, Buenos Aires, 1999, p. 54. Traducción de *Du Contrat social* por Marcela CALABIA.

6 BRITTO GARCÍA, Luis, *El Presupuesto del Estado*, Contraloría General de la República, Caracas, 1967, p. 87, y, CORTI, Aristides, “Acerca del derecho financiero y tributario y de los derechos humanos”, *Los Derechos Humanos del Siglo XXI. Una Revolución Inconclusa*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 133.

Por el contrario, ya se ha dicho también que “la Ley de Presupuesto no es una ley propiamente dicha, sino que pertenece a una categoría de actos *sui generis*”, configurándose además como “una autorización para gastar lo que, por lo demás, no obliga a la Administración porque ella puede eventualmente abstenerse de realizar gastos señalados en la ley de presupuesto”⁷. En este sentido lo ha reconocido la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

También puede observarse que al establecer el artículo 152 de la Constitución de 1858 que “No se extraerá del Tesoro público, cantidad alguna para otros usos que los determinados por la ley, y conforme á los presupuestos, que precisamente se publicarán”, se reconoce que los presupuestos no son Ley. Así las cosas, hay que tener en cuenta que el desecho de la consideración de presupuesto como Ley también ha encontrado asidero doctrinal en derecho comparado, como es el caso de Francia⁸.

Y es que visto lo anterior, se puede decir que el presupuesto lo elabora la Administración y lo controlan en diversos momentos la Asamblea Nacional y el Poder Judicial. La Ley de Presupuesto es una cuestión de control del presupuesto, pero no el presupuesto en sí. Por tal motivo, el presupuesto puede considerarse como un acto que elabora la Administración Pública y que al propio tiempo su ejecución está supeditada al control inicial de la Asamblea Nacional a través de su aprobación, y a controles sucesivos de ésta y de sus órganos auxiliares, tales como la Contraloría General de la República.

b. *El marco plurianual y la estructura de la Ley de Presupuesto.* Hechas las anteriores precisiones, ahora veremos lo relativo al marco plurianual del presupuesto (b.1) y a la estructura de la Ley de Presupuesto (b.2).

b.1 *El marco plurianual del presupuesto.* A su vez, el estudio del marco plurianual del presupuesto lo dividiremos así: Por un lado, el de su noción y sus reglas básicas (b.1.1), y por otro lado, el de un anexo, considerablemente importante del proyecto de Ley de marco plurianual, como es la cuenta ahorro-inversión-financiamiento (b.1.2).

b.1.1 *Su noción y sus reglas básicas.* Como bien se sabe, el proyecto de Ley del marco plurianual lo elaboran el Ministerio de Finanzas, en coordinación con el Ministerio de Planificación y Desarrollo y el Banco Central de Venezuela (en base al cronograma elaborado por la Oficina Nacional de Presupuesto) y en él se “establecerán los límites máximos de gasto y de endeudamiento público que hayan de contemplarse en los presupuestos nacionales para un período de tres años, los indicadores y demás reglas de disciplina fiscal que permitan asegurar la solvencia y sostenibilidad fiscal y equilibrar la gestión financiera nacional en dicho período, de manera que los ingresos ordinarios sean suficientes para cubrir los gastos ordinarios” (artículos 25 de la Ley especial, 17 del Reglamento n° 1⁹ y 311 de la Constitución).

Antes que todo, pareciera que el marco en sí sólo le es aplicable a los presupuestos “nacionales”. Sin embargo, ello no es así. Y es que siendo que el artículo 11 del Reglamento número 1 hace mención a las disposiciones de disciplina fiscal “que expresan la planificación financiera del sector público”, y siendo a su vez que el artículo 6 de la Ley especial establece como entes y órganos integrantes del sector público, no sólo a aquellos nacionales, sino también a los estatales, distritales y municipales, entre otros, no podría afirmarse cosa contraria.

7 RIEBER DE BENTATA, Judith, “Límites a la Potestad Legislativa en la Aprobación de la Ley de Presupuesto”, *Libro Homenaje al Profesor Antonio MOLES CAUBET*, t. II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 682 y 687.

8 JÈZE, Gaston, *Cours de Science des Finances*, Paris, 1922, p. 23.

9 *Gaceta Oficial* Extraordinario n° 5.592, 27 de junio de 2002.

Por su parte, hay que tener en cuenta que el citado artículo 11 define al marco plurianual como “el conjunto de reglas macrofiscales y demás disposiciones de disciplina fiscal que expresan la planificación financiera del sector público para un período de tres años, con el objeto de promover la estabilidad económica y la sostenibilidad de las finanzas públicas, así como de proveer a la vinculación de las políticas públicas a mediano y largo plazo con la asignación del gasto para el cumplimiento de las metas de desarrollo”. Con esto se quiere decir, en otras palabras, que el marco plurianual del presupuesto, en orden a su trianualidad, busca prever una estabilidad -en principio más aritmética que cualquier otra- del dinero público, y al propio tiempo, determinar con cierta antelación, cuál será el costo económico del desarrollo del país. Todos estos objetivos del marco plurianual tienen una naturaleza normativa, siendo por tal razón de imperativo cumplimiento por parte de sus destinatarios (que son básicamente todas aquellas personas que en el ámbito público formulen estimaciones presupuestarias).

No obstante esto, hay que hacer algunas precisiones sobre la dimensión de las normas o reglas que integran el marco plurianual. En primer lugar, “Se entiende por reglas macrofiscales el conjunto de directrices y acciones de política fiscal de obligatorio cumplimiento” que se expresan en ciertos “indicadores de resultados financieros y fiscales esperados”, sujetos como se sabe a precisiones metodológicas, cuales son: a) La regla de equilibrio ordinario, según la cual la suma de los ejercicios fiscales -dentro del marco plurianual- medidos en términos de Producto Interno Bruto, y agregadas las modificaciones presupuestarias que tengan lugar, se compensen de forma tal que arrojen un equilibrio o un superávit. Ahora bien, estas modificaciones deberán ser evaluadas por la Oficina Nacional de Presupuesto, a los efectos de garantizar la vigencia de esta regla. b) La regla del límite máximo de gasto, regla ésta que fija el máximo gasto que pueda causarse en términos de Producto Interno Bruto, incluidas las modificaciones que afecten el máximo previsto en la Ley de Presupuesto. c) La regla del límite máximo de endeudamiento, con la cual se precisa el máximo de endeudamiento que pueda causarse, siempre en términos de Producto Interno Bruto, entendiéndose como “endeudamiento neto” a aquel que derive del desembolso del ejercicio menos la amortización dentro del mismo período de dicho desembolso. Y d) Cualquier otra regla que contribuya al resultado equilibrado o de superávit (artículos 12, 16 y 21 del Reglamento N° 1).

Como quiera que sea, para el análisis de estas “reglas” conviene tener en cuenta dos aspectos: El primero de estos se refiere a que ellas solo se aplican al presupuesto de la República y al de sus entes descentralizados funcionalmente con y sin fines empresariales (artículo 13 *eiusdem*). Por su parte, el segundo aspecto está conformado por lo que sobre dichas reglas establece la Ley de Administración Financiera (artículo 25) cuando fija lo que “especificará” el marco plurianual.

En cuanto a la regla de equilibrio, el marco determinará “El período al cual corresponde y los resultados financieros esperados de la gestión fiscal de cada año. Estos resultados deberán compensarse de manera que la sumatoria para el período muestre equilibrio o superávit entre ingresos ordinarios y gastos ordinarios, entendiéndose por los primeros, los ingresos corrientes deducidos los aportes al Fondo de Estabilización Macroeconómica y al Fondo de Ahorro Intergeneracional, y por los segundos los gastos totales, excluida la inversión directa del gobierno central. El ajuste fiscal a los fines de lograr equilibrio no se concentrará en el último año del período del marco plurianual” (artículo 25.1).

En primer lugar, de lo anterior se deduce que la trianualidad del marco tiene que ser fijada en términos de tiempo reales. Desde tal año, hasta tal otro año. Por su parte, en segundo lugar, se dice que los resultados en él especificados “deberán” ser equilibrados,

de forma tal que la suma entre los ingresos ordinarios (que son aquellos que se hayan previsto producir, o así se haya hecho, por más de tres años, excluyendo las deducciones mencionadas) y los gastos ordinarios (que son básicamente todos los egresos, salvo los derivados de la inversión directa del gobierno central, como por ejemplo, los destinados a incrementar sus activos reales, los de transferencia de capital a los entes descentralizados para dicho fin, así como la formación bruta de capital de la República y de sus entes descentralizados sin fines empresariales, a tenor del artículo 20 del Reglamento N° 1¹⁰) muestre “equilibrio o superávit”. Como luego se verá, esta es una regla que, en puridad de términos, no tiene la cabida actual que se pretende. Ciertamente, el “equilibrio” tiene que ser más eficiente que cualquier otra cosa. Por razones de no hacer repeticiones inútiles, se remite a lo que se dice más adelante (*vid.* II.1). Sin embargo, en cuanto a las modificaciones que afecten la composición de los gastos, es conveniente que se mantenga la obligatoria evaluación que sobre las mismas tiene que hacer la Oficina Nacional de Presupuesto, a tenor del artículo 16 del Reglamento número 1.

En relación a la regla de límite máximo de gasto, en el marco plurianual deberá especificarse “El límite máximo de total del gasto causado, calculado para cada ejercicio del período del marco plurianual, en relación al producto interno bruto, con indicación del resultado financiero primario y del resultado financiero no petrolero mínimos correspondientes a cada ejercicio, de acuerdo con los requerimientos de sostenibilidad fiscal”. A tal efecto, se entiende por “resultado financiero primario” a aquel derivado de la suma entre ingresos totales y gastos totales, excluidos los gastos correspondientes a los intereses de la deuda pública. Mientras tanto, se define al “resultado financiero no petrolero” como aquel resultante de la diferencia entre ingresos no petroleros y el gasto total (artículo 25.2).

Si se quiere, esta regla se resumiría así: Se fija el máximo del total del gasto público causado, con referencia a los resultados financieros primario y no petrolero, “de acuerdo con los requerimientos de sostenibilidad fiscal”. Ahora bien, ¿qué implica tal sostenibilidad?. Según el artículo 19 del Reglamento número 1, la solvencia fiscal es la “diferencia entre el valor presente de los superávits primarios y el valor de la deuda pública”, la cual a su vez se entiende como el endeudamiento derivado de las operaciones de crédito público, las cuales en principio, tienen por objeto la realización de “inversiones reproductivas” (artículos 7.4 y 7.8 de la Ley especial). Luego, el citado artículo 19 establece que “Una política fiscal determinada es sostenible si conduce hacia una senda de solvencia en el largo plazo”. Esto quiere decir que la “sostenibilidad fiscal” viene determinada por la presencia de la solvencia “en el largo plazo”. La cuestión está en saber si la “solvencia” es aquella que resulte de las ganancias propiamente económicas para el Estado, o, en la realidad de las cosas, en aquellas otras que obtienen los ciudadanos y que se traduce en la eficiencia de las prestaciones estatales. Pareciera todo inclinarse por la primera opción. No obstante, a nuestro juicio, tal opción viene determinada por la segunda, e incluso, a tenor del artículo 311 de la Constitución, pareciera que la eficiencia es mayor y preferentemente requerida que el equilibrio.

10 Este artículo remite a aquel otro 25.2 de la Ley especial, y no, al que se comenta. Sin embargo, curiosamente, a pesar que en él mismo se enuncia que “Se entiende por inversión directa del gobierno central, a los efectos previstos en el numeral 2 del artículo 25”, el único de los numerales de tal artículo que menciona a la “inversión directa del gobierno central”, es el 1. Es por eso que se le usa en este punto. Pues bien, al margen de esto, hay que tener en cuenta que a los efectos del equilibrio mencionado arriba, pueden excluirse del gasto ordinario, aquellas erogaciones “que atiendan compromisos que se derivan de la deuda por pasivos laborales y seguridad social” (artículo 18 del Reglamento n° 1). No obstante esta loable excepción, y que en realidad es un corolario normativo del artículo 86 de la Constitución, se sabe bien que en la actualidad los funcionarios públicos no son a quienes se les paga con mayor puntualidad, llegando al extremo de deberseles, a muchos de ellos, varias “quincenas” acumuladas.

Por su parte, en lo que a la regla del límite máximo de endeudamiento se refiere, el marco plurianual tendrá, en efecto, que fijar “El límite máximo de endeudamiento que haya de contemplarse para cada ejercicio del período del marco plurianual, de acuerdo a los requerimientos de sostenibilidad fiscal. El límite máximo de endeudamiento para cada ejercicio será definido a un nivel prudente en relación con el tamaño de la economía, la inversión reproductiva y la capacidad de generar ingresos fiscales. Para la determinación de la capacidad de endeudamiento se tomará en cuenta el monto global de los activos financieros de la República” (artículo 25.3). En líneas generales, al respecto de esta regla, téngase en cuenta lo que se mencionó arriba en relación con aquella contenida en el artículo 25.2 de la Ley especial.

Todas estas reglas si se quiere “limitantes” pueden ser modificadas sólo en “casos de estados de excepción decretados de conformidad con la ley, o de variaciones que afecten significativamente el servicio de la deuda pública”, en cuyo caso, “el proyecto de modificación será sometido por el Ejecutivo Nacional a la consideración de la Asamblea Nacional ... y sólo podrán afectarse las reglas de límite máximo de gasto, de resultado primario y de resultado no petrolero” (artículo 29 de la Ley especial). Sobre estas posibles “modificaciones”, en especial aquella referida a los estados de excepción, remitimos a lo que se dice más adelante (*vid.* II.4).

Hechas estas precisiones, se sabe que el Ejecutivo Nacional, a través del Ministro de Finanzas, presentará a la Asamblea Nacional el proyecto de ley del marco plurianual del presupuesto público antes del quince de julio del primero y del cuarto año del período constitucional de la Presidencia de la República -que según el artículo 230 de la Constitución es de seis años- y el mismo será sancionado antes del 15 de agosto del mismo año de su presentación (artículo 27 de la Ley especial). A su vez, el proyecto de ley tendrá que acompañarse de tres anexos: a) La cuenta ahorro-inversión-financiamiento (*vid.* b.1.2); b) Los objetivos de sostenibilidad y disciplina fiscal del sector público consolidado restringido, así como los lineamientos de inversión para las empresas y sociedades de la República, y; c) Los programas, incluso en proyección, de otras entidades territoriales en coordinación con el gobierno central. Este último anexo será presentado por el Ministerio de Finanzas en coordinación con el Consejo Federal de Gobierno (artículo 14 del Reglamento N° 1).

Como quiera que sea, al margen de lo anterior, el Ejecutivo Nacional presentará cada año a la Asamblea Nacional, antes del quince de julio, un informe global en el cual expresará su evaluación sobre la ejecución de la Ley de Presupuesto en el período anterior, con la explicación de las diferencias que se observen entre aquello aprobado parlamentariamente, y lo ocurrido en la realidad; las propuestas “más relevantes” del proyecto de Ley de Presupuesto del año siguiente y su correspondencia con las metas macroeconómicas y sociales en virtud del marco plurianual, y; la cuenta ahorro-inversión-financiamiento así como las estimaciones agregadas para los dos años siguientes (artículo 28 de la Ley especial). No obstante, como es de suponer, este informe global no se produce espontáneamente. Él mismo es consecuencia de toda una cadena subjetiva que parte, evidentemente, desde la propia Oficina Nacional de Presupuesto: Luego de que ésta fije el cronograma de preparación, los Ministerios de Finanzas y de Planificación y Desarrollo informarán a la Vicepresidencia Ejecutiva cada seis meses, sobre la evaluación del marco plurianual (en especial sobre su reflejo del plan de desarrollo económico y social de la Nación, y sobre las responsabilidades que en él se establezcan) para que ésta al propio tiempo, pero ya no cada seis meses, sino cada año, informe al Presidente de la República sobre dicha evaluación y éste, en definitiva, elabore el informe anual (artículos 13, 15 y 17 del Reglamento N° 1).

La Asamblea Nacional, según el citado artículo 28, hechas las deliberaciones sobre el informe anterior, remitirá al Ejecutivo Nacional el acuerdo resultante de las mismas antes del quince de agosto de cada año.

Ya para finalizar este punto, hay que tener en cuenta la última reforma de la Ley especial de julio de 2004 que, básica y curiosamente, se centró en el marco plurianual del presupuesto: El artículo 178, protagonista de la reforma, dispone ahora en su parte final que “En la oportunidad de presentación del proyecto de Ley de Presupuesto correspondiente al ejercicio fiscal del año 2005, el Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional a los fines informativos el marco plurianual del Presupuesto correspondiente al ejercicio 2005 al 2007”. Y dicho esto, se establece que “A partir del período correspondiente a los ejercicios 2008 al 2010, inclusive, el marco plurianual del presupuesto se formulará y sancionará conforme a las previsiones del Título II de la presente Ley”. Como se podrá observar, se ha introducido una teleología informativa y considerablemente poco seria, que ni antes, ni en momento alguno con relación al marco plurianual, se había establecido. ¿Hasta qué punto puede decirse que las reglas macrofiscales que en definitiva integran el marco plurianual, han cedido su naturaleza normativa por una informativa?. ¿Es concebible esta prórroga de aplicación de las disposiciones establecidas en la Ley de Administración Financiera con relación al marco plurianual?. Estas y otras interrogantes quedan, y quedarán así planteadas ante una realidad legislativa que todavía sigue asombrando.

b.1.2 *La cuenta ahorro-inversión-financiamiento.* Además de lo anterior, y en virtud de su relevancia, se analizará ahora uno de los tres anexos del proyecto de Ley de marco plurianual: La cuenta ahorro-inversión-financiamiento. Ciertamente, se sabe que el proyecto de Ley de marco plurianual “irá acompañado de la cuenta ahorro-inversión-financiamiento presupuestada para el período a que se refiere dicho marco, los objetivos de política económica, con especial indicación de la política fiscal, así como de las estimaciones de gastos para cada uno de los ejercicios fiscales del período” (artículo 26 de la Ley especial).

Esta cuenta a la que se hace referencia, según establece el artículo 5 del Reglamento número 1, “constituye un estado económico-financiero que se elabora a partir de la clasificación económica de los recursos y de los egresos, o de la información contenida en los estados financieros básicos y constituirá el marco de referencia de obligatoria aplicación en el proceso presupuestario de la República y de los demás entes sujetos a la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, de conformidad con los modelos, normas e instrucciones técnicas dictadas por la Oficina Nacional de Presupuesto”. Surge en este punto, un dato subjetivo algo curioso: El marco plurianual se compone, en esencia, por las “reglas” macrofiscales, y éstas a su vez solo se aplican a determinadas personas de derecho público, y por ende, no a todas aquellas que están bajo el ámbito de la Ley de Administración Financiera. Por su parte, del último artículo citado, pareciera que un anexo del proyecto de Ley del marco plurianual, como es la cuenta que aquí se analiza, se aplica de forma “obligatoria” a todo el universo subjetivo de la Ley especial.

Pues bien, sin perjuicio de esta duda, continuemos con el análisis. La cuenta se elabora desde la clasificación económica de recursos y de egresos (a cuyos efectos son gastos de inversión pública o de formación de capital, aquellos realizados con cargo a cualesquiera de los créditos presupuestarios dirigidos a la creación o aumento de la formación bruta de capital, directa o indirecta, a tenor del artículo 6 del Reglamento N° 1) o de la información contenida en los estados financieros básicos. En este punto se observa el uso de la conjunción disyuntiva “o”, que revela la posibilidad discrecional para la elaboración

de la cuenta ahorro-inversión-financiamiento, de una escogencia entre, la clasificación económica de recursos y de egresos, o por su parte, y con igual validez, de la información contenida en los estados financieros básicos.

Dicho esto sobre la cuenta ahorro-inversión-financiamiento, corresponde examinar ahora a la estructura de la Ley de Presupuesto, lo cual se hará de inmediato.

b.2 *La estructura de la Ley de Presupuesto.* A diferencia del artículo 11 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario¹¹, la Ley de Administración Financiera del Sector Público, secciona ahora en su artículo 30, la Ley de Presupuesto en tres títulos: Un primer título (Título I) referente a disposiciones generales y que por ello no podrá “contener disposiciones de carácter permanente, ni reformar o derogar leyes vigentes, o crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos”. Y otros dos títulos: Uno referente a los presupuestos ingresos y gastos y operaciones de financiamiento de la República (Título II), y otro relativo a los mismos presupuestos y operaciones, pero en este caso de los entes descentralizados funcionalmente de la República, sin fines empresariales (Título III).

Esta división que hace el artículo 30 es una división complementariamente subjetiva entre la República y sus entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, y no económicamente antitética entre gastos e ingresos, tal como la hacía la Ley de Régimen Presupuestario. Por tal razón haremos unas breves precisiones de orden conceptual: Por un lado, “la República, en Venezuela, y en cualquier parte del mundo civilizado occidental, dentro de la tradición republicana iniciada en Francia en 1789, es un ente moral que representa jurídicamente al Estado”¹². Por otro lado, los entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales de la República, son los institutos autónomos, las personas jurídicas estatales de derecho público, las fundaciones y las asociaciones civiles constituidas con fondos públicos, y que no realicen “actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República”, todo a tenor de los artículos 6 y 7 de la Ley de Administración Financiera.

Visto lo anterior hay que tener en cuenta que bajo la aparente novedad estructural de la Ley de Presupuesto, ésta seguirá observando los rubros que se utilizaban bajo la vigencia de la Ley de Régimen Presupuestario, como es el caso de los ingresos que se dividían en ordinarios y extraordinarios, ubicándose dentro de los primeros -por ejemplo- al impuesto sobre la renta, a las tasas y el remanente de utilidades del Banco Central de Venezuela. En este sentido, en el Reglamento número 1 existe una Sección (De la estructura y contenido de la Ley de Presupuesto y de la Exposición de Motivos) en la cual se detalla el contenido propiamente dicho de la Ley de Presupuesto. No obstante esto, el título I (Disposiciones generales) contendrá normas complementarias para “cada ejercicio presupuesto que se relacionen directa y exclusivamente con la aprobación, ejecución y evaluación del presupuesto del que forman parte” (artículo 31 de la Ley especial).

Y así las cosas, como ya se dijo, el título II se refiere al presupuesto de la República. Pues bien, dentro de tal título se encontrarán tres capítulos conformados así: Un capítulo I referente al “presupuesto de ingresos y fuentes financieras”. Luego, un capítulo II sobre el “presupuesto de gastos y aplicaciones financieras”. Y finalmente, un capítulo III referido a la “cuenta ahorro-inversión-financiamiento, que muestre los resultados económicos y financieros y refleje en la cuenta de financiamiento el destino del superávit o el financiamiento del déficit”, en este caso, para la República. Toda esta división hecha capitularmente es de conformidad con el artículo 23 del Reglamento número 1.

11 *Gaceta Oficial* n° 36.916, 02 de marzo de 2000.

12 IRIBARREN MONTEVERDE, Enrique, *Estudios de Derecho Administrativo*, Líber, Caracas, 2004, p. 445.

De forma considerablemente similar a lo que sucede con el título II, ocurre con el título III de la Ley de Presupuesto que, bien se sabe, se refiere al presupuesto de ingresos y gastos y operaciones de financiamiento de los entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales. Y es que en efecto, este título se compondrá, al igual que el anterior, de tres capítulos nomenclaturalmente idénticos, según lo dispone el artículo 24 *eiusdem*. Pues bien, como quiera que sea, hay que tener en cuenta que las operaciones financieras “se incluirán como fuente financiera los excedentes de caja y banco del ejercicio anterior al que se presupuesta” (artículo 25), y por su parte, se incluirán también, pero como ingresos, “las cantidades líquidas que obtengan como resultado positivo de las sociedades mercantiles del Estado y otros entes con fines empresariales”, y como gastos, “los aportes, aumento de capital y préstamos que la República les otorgue para financiar sus gastos de operación y de inversión” (artículo 26).

B. El control del presupuesto público:

a. *Las autorizaciones de la Asamblea Nacional y el control parlamentario en líneas generales. La existencia jurídica de una discrecionalidad legislativa empíricamente ausente:* Visto lo anterior, se sabe entonces que los planes presupuestarios tienen que ser aprobados por el Poder Legislativo o cuerpo legislador -que en nuestro caso y a tenor del artículo 202 de la Constitución, está compuesto por la Asamblea Nacional¹³- ya que esta aprobación es un control que expresa en su justa medida la coordinación que existe entre los Poderes Públicos. Y es en este sentido que hay que tener en cuenta que “Cuanto más eficiente es el control del presupuesto mejor se logra el control de los resultados en una organización; y en el campo de la administración pública” esto constituye “una razón del porqué la rama legislativa concede al control presupuestal una importancia decisiva”¹⁴.

Así las cosas, podría pensarse que este control presupuestario del Poder Legislativo, cuya génesis es de vieja data tanto en Venezuela, con el artículo 87.12 de la Constitución de 1830, según el cual era atribución del Congreso el “Decretar los gastos públicos en vista de los presupuestos que le presente el Ejecutivo por las respectivas secretarías”¹⁵, como en derecho comparado¹⁶; no permite que la ciudadanía, o su máxima representación política cual es la Asamblea Nacional, determine la elaboración presupuestaria, pues ésta corresponde sólo al Poder Ejecutivo. Y a tal efecto se sabe que “al limitarse la intervención de los órganos representativos en los procesos de planificación, se reducen sus posibilidades de participar en la definición de las políticas públicas en determinados plazos; pero a su vez el concepto de planificación debe ser visto a la luz de las experiencias que han llevado al desbordamiento del poder estatal y a la reducción de márgenes de maniobra en momentos críticos”¹⁷. Sin embargo, y a pesar de que la Asamblea sólo aprueba las “líneas generales” del presupuesto elaboradas por el Poder Ejecutivo, creemos que de una u otra forma esa aprobación permite controlar la discrecionalidad de la Administración, evitando así que ésta desemboque en un primitivo libertinaje.

13 V., al respecto www.asambleanacional.gov.ve.

14 RODRÍGUEZ, Álvaro, “El presupuesto en la Administración Pública”, *Revista de Administración Pública* n° 2, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1956, pp. 36-37.

15 Academia de Ciencias Políticas y Sociales: *Leyes y Decretos de Venezuela. 1830-1840*, t. 1, Caracas, 1982, p. 8.

16 MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “El control del Legislativo sobre el presupuesto y la cuenta pública”, *El Poder Legislativo en la actualidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, pp. 123-158.

17 GUTIÉRREZ, Gerónimo y LUJAMBIO, Alonso, *El proceso presupuestario y las relaciones entre los órganos del poder*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 30.

Por ejemplo, sucede que si la Asamblea no aprueba la Ley de Presupuesto respectiva antes del 15 de diciembre, se entenderá reconducido el presupuesto vigente, salvo específicas modificaciones que podrá hacer el Poder Ejecutivo, como aquellas relativas al situado constitucional, el pago de la deuda pública y de los servicios de educación, salud y seguridad, todo en el entendido del artículo 39 de la Ley especial.

Hay que tener en cuenta además que esta posibilidad de control no sólo tiene cabida en el sistema presupuestario, sino también en otros sistemas de la administración financiera del sector público, como es el caso del sistema de crédito público¹⁸, y en especial con respecto de los contratos de interés público nacional. Y es que a pesar de que el artículo 80 de la Ley de Administración Financiera del 27 de julio de 2000¹⁹ disponía que el Ejecutivo Nacional podía celebrar las operaciones de crédito público una vez sancionada la Ley de endeudamiento anual, con tan sólo informar periódicamente a la Asamblea Nacional, la Sala Constitucional en decisión del 24 de septiembre de 2002, consideró que dicho artículo era inconstitucional por contrariar los artículos 150 y 187.9 de la Constitución “al no consagrar la obligación constitucional del Ejecutivo Nacional de requerir la autorización de la Asamblea Nacional para la celebración de contratos de interés público nacional, en el marco de las operaciones de crédito público, cuando dichos contratos sean celebrados con Estados, entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela”²⁰. De seguidas a esta declaratoria, la Procuraduría General de la República²¹ en oficio número G.G.A.J. 843 del 18 de octubre de 2002, consideró que las operaciones de crédito público requieren para su validez “la autorización de la Asamblea Nacional”. Pero como quiera que sea, esta consideración no tiene el carácter vinculante que sí poseen las opiniones de la Procuraduría relacionadas con los procedimientos administrativos previos a cualquier acción contra la República, a tenor del artículo 56 de su Ley especial²².

No obstante lo anterior, hay que precisar que si bien a la redacción original del artículo 80 se le agregó la necesaria autorización de la Asamblea Nacional en las operaciones de crédito público, el 19 de diciembre de 2002 la propia Asamblea decretó modificar dicho artículo, suprimir lo establecido por la Sala Constitucional y colocar lo siguiente: “En todo caso será necesaria la autorización de cada operación de crédito público por la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional, quien dispondrá de un plazo de diez (10) días hábiles para decidir, contados a partir de la fecha en que se dé cuenta de la solicitud en reunión ordinaria. Si transcurrido este lapso la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional no se hubiere pronunciado, la solicitud se dará por aprobada. La solicitud del Ejecutivo deberá ser acompañada de la opinión del Banco Central de Venezuela, tal como se especifica en el artículo 86 de esta Ley, para la operación específica”²³. Aunado a lo ya dicho, la Asamblea reafirmaría esta modificación en julio de 2004²⁴, y haría sólo unos cambios relacionados con la presentación del marco plurianual durante los años 2005 al 2010, a tenor del artículo 178 de la Ley especial. Y

18 Este sistema estuvo regulado por la Ley de Crédito Público, derogada por la Ley de Administración Financiera en su artículo 171, pero está actualmente regido por el Reglamento n° 2 de esta última Ley (*Gaceta Oficial* n° 38.117, 28 de enero de 2005) en el cual se fijan “las normas y los trámites que deberán seguirse en las operaciones de crédito público”.

19 *Gaceta Oficial* n° 37.029, 5 de septiembre de 2000.

20 *Gaceta Oficial* n° 37.549, 15 de octubre de 2002.

21 V., al respecto www.pgr.gov.ve

22 *Gaceta Oficial Extraordinario* n° 5.554, 13 de noviembre de 2001.

23 *Gaceta Oficial* n° 37.606, 09 de enero de 2003.

24 *Gaceta Oficial* n° 37.978, 13 de julio de 2004.

más recientemente, el artículo 17 del Reglamento número 2 de la Ley Orgánica de Administración Financiera, también ratificaría lo anterior, en el sentido de establecer expresamente la autorización legislativa.

Pues bien, el control del presupuesto en general, sea legislativo a través de la Asamblea Nacional, o jurisdiccional, persigue la “comprobación sistemática de la regularidad de cumplimiento de los actos de gestión y el adecuado manejo de los fondos públicos”²⁵, lo que quiere decir, que el control, en especial el aquí analizado, permite por lo tanto que se salvaguarde el patrimonio público y, en definitiva, a la propia comunidad, agregándose a la función de control el hecho que ésta “se encamina a la consecución del bien común”²⁶.

Este control entonces valida al presupuesto en toda su amplitud, pero si bien tal control se da con mayor fortaleza en un ámbito temporal preliminar -antes y durante la aprobación de la Ley de Presupuesto- no por tal razón queda excluido de un ámbito posterior.

Ciertamente tal posterioridad puede tener lugar, siendo a su vez que ésta se revela cuando los artículos 222 y 223 de la Constitución disponen -el primero de éstos- que la Asamblea “podrá ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias”, y por su parte, el segundo de los artículos mencionados establece que la Asamblea o sus Comisiones “podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia”. Como quiera que sea, la interpelación y la investigación, así como los demás mecanismos de control mencionados en el artículo 222, son a nuestro juicio, medios para obtener información con carácter probatorio que tienen carácter vinculantes, a tenor de los artículos 187.3 de la Constitución y 19 de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones²⁷.

Pues bien, en orden a lo expuesto, se sabe entonces que el Poder Legislativo está facultado para controlar al Poder Ejecutivo en lo relativo a la elaboración y ejecución del presupuesto, siendo que hay que tener en cuenta que tal facultad deviene del mencionado artículo 187.3, según el cual corresponde a la Asamblea Nacional “Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional”. Y más concretamente en ejercicio del control parlamentario la Asamblea podrá “declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos o funcionarias públicas y solicitar al Poder Ciudadano que intente acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad”, de conformidad con el artículo 222 de la Constitución.

Sobre esto último ya se ha dicho que “el parlamento venezolano, ni bajo el amparo de la Constitución que nos rige ... tiene competencia alguna para declarar la responsabilidad

25 VILLEGAS, Héctor, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, ob. cit., p. 147.

26 SÁNCHEZ, Alberto, *El control del gasto público*, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 2005, p. 23.

27 *Gaceta Oficial* n° 37.252, 02 de agosto de 2001. En líneas generales, sobre los mecanismos de control parlamentario, puede consultarse a ANDUEZA, José Guillermo, “La potestad de investigación de los cuerpos legislativos”, *Revista de Derecho Público* n° 13, Arte, Caracas, 1983, AVELLANEDA, Eloisa, *El control parlamentario sobre el gobierno y la Administración Pública*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, BREWER-CARÍAS, Allan, “Los poderes de investigación de los cuerpos legislativos y sus limitaciones con particular referencia respecto de los asuntos secretos”, *Revista de Derecho Público* n° 10, Arte, Caracas, 1982, y, TOVAR TAMAYO, Orlando, “Las facultades de control e investigación del congreso venezolano” en *Revista de Derecho Público* n° 14, Arte, Caracas, 1983.

de una persona, sea o no funcionario público”²⁸. En un primer momento parecería que tal afirmación choca con lo dispuesto por el artículo 222. Sin embargo, no necesariamente ello es así. Si se tiene en cuenta que en líneas anteriores se había dicho que “la responsabilidad política incumbe declararla a la Asamblea Nacional”, y que además tal comentario deriva de una decisión de la Sala Constitucional del 25 de junio de 2002, caso Sierra Nevada, en la cual se dispuso que el Poder Legislativo “puede extender su poder para declarar la responsabilidad administrativa”, entonces, y a pesar de la renuencia enunciativa de epíteto alguno, a nuestro juicio, la afirmación se refiere básicamente a la responsabilidad administrativa. Pero como quiera que sea, interesa saber si a través del control legislativo -de mayor o menor intensidad según el tiempo en el que actúe- puede lograrse una administración presupuestaria honesta, disciplinada, eficaz y transparente. No obstante esto, antes de dar respuesta a ello, toca precisar a qué se refieren en líneas generales tales adjetivos.

A pesar de lo que pudiera creerse, todos los epítetos mencionados son principios éticos que pueden o no, tener cierto grado de presencia en el derecho positivo, pero que, al menos en los casos de Argentina y Venezuela, tienen una presencia altamente considerable. En el primero de los casos a través del Decreto número 41/99 o Código de Ética de la Función Pública²⁹, y en el segundo supuesto, en el Código de Conducta de los Servidores Públicos³⁰. Acá interesa el último de éstos. Pues bien, dicho esto, hay que tener en cuenta entonces que la honestidad exige actuar siempre sabiendo que los fines públicos excluyen cualquier comportamiento que perjudique al interés colectivo (artículo 5), que la disciplina significa la observancia y estricto cumplimiento de las normas aplicables a cada caso (artículo 10), que la eficacia equivale a la realización de los programas y actuaciones estatales al menor costo para los contribuyentes, en el menor tiempo posible y con el logro óptimo de los objetivos planteados (artículo 11), y finalmente, que la transparencia comporta que el funcionario ejerza su función de forma diáfana siendo ésta siempre de carácter público (artículo 14).

¿Puede el Poder Legislativo lograr que todos estos principios éticos sean observados en la ejecución del presupuesto público?. Sin mayor análisis, pareciera que la Asamblea Nacional puede lograr tal observancia, pero por supuesto, dentro de su justa medida. Ahora bien, siendo que resulta comprensible que en los regímenes democráticos sea el Poder Legislativo aquel que tenga un mayor control del poder propiamente dicho, esta no es la realidad de las cosas. Por el contrario, puede decirse que hay en varios países de América Latina, una avasalladora presencia del Poder Ejecutivo, en desmedro de los demás Poderes del Estado. Entonces, por su propia ausencia existencial -en el aspecto empírico, no jurídico- la justa medida del control parlamentario no luce capaz de hacer que el presupuesto sea debidamente ejecutado.

Esto quiere decir, en juego terminológico, que el control de los controles, no controla porque él no tiene lugar, y lo que es peor, que ante tal ausencia contralora, se vislumbra que los demás controles están descontrolados por su propia discrecionalidad. Lo que es no es lo que pudiera y debiera ser. La cuestión está en quién y cómo se determina esto, planteamiento éste que se reduce a la histórica y perenne lucha entre la discrecionalidad de los Poderes, no sólo del Ejecutivo, sino del Legislativo y del Judicial. Por ejemplo, no

28 ORLANDO, Freddy J., *La potestad inquisitiva de los órganos de control fiscal y la determinación de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 69-70.

29 El texto de este Código puede consultarse en *Leyes Administrativas*, Ediciones del País, Buenos Aires, 2005, pp. 344-354.

30 *Gaceta Oficial* n° 36.496, 15 de julio de 1998.

podría discutirse sobre la anualidad del presupuesto, dado que el transcurso temporal de un año es un hecho objetivo, mientras que en cambio, la validez o no de una obligación contraída sí es discutible, discusión que por demás está sujeta a la discrecionalidad administrativa (en cuanto la formulación del presupuesto), a la discrecionalidad legislativa (en cuanto a la aprobación del presupuesto) y a la discrecionalidad judicial (en cuanto a la determinación que sobre alguna de las dos anteriores se haga en cualquier causa que sea del conocimiento del Poder Judicial). Sin embargo, a pesar de la paridad nomenclatural de estas discrecionalidades, se le da un mayor reconocimiento a aquella del Poder Legislativo dada su naturaleza de representación popular, y por vía de consecuencia, el control parlamentario del presupuesto es no sólo necesario sino además es jurídicamente suficiente.

Pero no obstante esto, con el control presupuestario se procura saber que en efecto el presupuesto se ha elaborado correctamente y que no se ha quebrantado ni la Constitución, ni la Ley, ni principio presupuestario alguno, así como ningún derecho humano, aún cuando siempre se busque reducir estos controles legislativos a una naturaleza “política”³¹. Pues bien, como quiera que sea, los derechos fundamentales como posible límite es un aspecto que debe tenerse en cuenta en términos presupuestarios pero que, ante él, el presupuesto no tiene que considerarse insuficiente o debilitado³². De allí que sea común que surja una tensión entre la vigencia de los derechos fundamentales y las “limitaciones” propias del presupuesto, tensión que por demás ha sido plenamente debatida, tal como veremos de seguidas.

b. *Los “avatares presupuestarios” y los derechos fundamentales. ¿La discrecionalidad judicial por sobre las discrecionalidades administrativa y legislativa?.* Como bien se sabe, es usual que ante cualquier situación de deficiencia estatal se presente una excusa presupuestaria, aún cuando ni la Constitución, ni la propia ética pública, supongan la existencia de tal excusa. Sin embargo, la excusa de la falta de presupuesto o de la existencia misma de avatares presupuestarios siempre ha tenido lugar. Por ejemplo, de forma reciente, la Sala Constitucional en el fallo Ana Mercedes Bermúdez, del 26 de junio de 2005, ha dicho que “La carga de trabajo del Poder Judicial, junto a la falta de capacitación continua, bajos salarios y escasez de recursos -problemas todos estos a cuya solución está abocado este Tribunal Supremo de Justicia como cabeza del Sistema de Justicia-, limitan la posibilidad de que se imparta una justicia expedita, eficiente, pronta, completa y adecuada para los justiciables”. La cuestión radica entonces en que este problema de origen afecta, quierase o no, a la propia finalidad del Estado, cual es la vigencia y protección de los derechos fundamentales.

Pero al margen de lo anterior, los avatares presupuestarios y su continuo uso como válvula de escape a los controles sociales sobre la gestión estatal tienen lugar, aún cuando “no es novedad que una administración honesta y eficiente de los fondos públicos significa una mejor atención de las funciones sociales del estado, y por lo tanto, el desarrollo y mayor vigencia efectiva de los derechos humanos”³³. Y en este sentido, esta realidad histórica aumenta la frustración expresada, debido a que, si se conoce la causa del problema, por qué simplemente no se le controla mejor.

31 FERNÁNDEZ TORO, Julio César, “Comentarios sobre los poderes de control político de la Asamblea Nacional previstos en la Constitución de 1999 sobre la actuación de los órganos de los otros Poderes Nacionales”, *Revista de Derecho Constitucional* n° 6, Sherwood, Caracas, 2002, pp. 89-103.

32 En un sentido similar a éste consúltese a HUERTA OCHOA, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp.36 y ss.

33 RISSO, Guido I., “La corrupción versus la fuerza normativa de los derechos humanos”, *Los Derechos Humanos del Siglo XXI. Una Revolución Inconclusa*, ob. cit., p. 13.

No obstante esta frustración, hay que tener en cuenta que cuando fallan los controles previos -como es el caso del control parlamentario sobre el presupuesto- se presenta el control posterior usualmente en cabeza del Poder Judicial. Por un lado, en líneas generales, éste surge en virtud de la violación de derechos sociales, y por otro lado, en líneas concretas, ya en América Latina, tal control se ha dado por lo general en los casos de personas afectadas con el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, o en aquellos de impronta laboral.

Por ejemplo, en Argentina existen dos precedentes bastante importantes en este orden. El primero, del 19 de agosto de 1999, caso *Ezio Verrocchi*³⁴ (referente al derecho a percibir un salario digno) estableció un “mensaje” que se ha considerado “inequívoco, aunque no resulte explícito: si el costo de producción o burocrático no permite pagar a todos los trabajadores el salario familiar, que aprenda el Estado a bajar costos funcionales por otro lado, pero no a costa de la subsistencia de un derecho que tiene raigambre constitucional”³⁵.

El segundo precedente es el caso *Asociación Benghalensis*, decidido en primera instancia el 05 de diciembre de 1996, y, por la Corte Suprema de Justicia, el 01 de junio de 2000. Pues bien, en la instancia se indicó que “para el caso de que efectivamente el Ministerio se encontrara cumpliendo normalmente con la conducta que se requiere, la decisión que adoptó sería inocua pues ningún gravamen podría causarse a la demandada, mientras que si por el contrario, y como resultas de los avatares presupuestarios, la provisión de medicamentos no es regular ni permanente, cobra toda su virtualidad la necesidad de que esa situación se revierta en beneficio de la comunidad”.

Por su parte, en Venezuela ha sucedido algo similar a lo anterior, y en especial, a raíz del caso *Enfermos de Sida*, en el que la Sala Político Administrativa, el 14 de agosto de 1998, dispuso que “ante el deber del Estado de atender a las necesidades básicas de la población y, constatada por la presente vía de amparo constitucional, como ha sido, su incumplimiento en el específico caso de la prevención del VIH/SIDA, constitutivo de uno de los grandes problemas sanitarios de la época actual, ha de servir la presente sentencia -efectuada como ha sido la determinación de los medios imprescindibles para efectuar la indicada labor preventiva- para ordenar al organismo público competente la adopción de los mismos”.

En este sentido, hay que saber que, también con relación a otros derechos sociales como es el caso de los derechos a una vivienda digna y a la alimentación, se ha pronunciado la jurisprudencia, en especial la argentina. Pero no obstante esto, la Sala Constitucional en decisión del 20 de abril de 2004, caso *Federación Médica de Venezuela* ha hecho señalamientos bastante particulares. En ese caso, la Sala consideró que los derechos sociales “poseen una estructura muy específica en contraposición a los de primera o segunda generación, que amerita ciertas diferenciaciones para precisar sobre qué recae, en tales derechos, la tutela jurisdiccional”, y en orden a esto:

[...] se debe precisar que tales derechos, por sí mismos, no están en la esfera subjetiva del ciudadano ya que, *ad initio*, constituyen principios orientadores de la actividad administrativa, son el sustrato de la cláusula de Estado Social Democrático de Derecho y de Justicia, y por esa circunstancia son elementos definidores del fin, es decir, califican, por así decirlo, qué debe ser considerado como interés público.

34 Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 322, pp. 1733 y ss.

35 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Los decretos de necesidad y urgencia luego de la reforma de 1994”, *Jornadas sobre Acto Administrativo y Reglamento*, Universidad Austral, 2002, p. 526.

La exigencia desde este punto de vista de los derechos de tercera generación mediante amparo no es posible, la única forma de ejercer un control sobre su incumplimiento es el control político. La ciudadanía, ante la evidente incapacidad de la Administración de planificar de forma eficaz y eficiente su actividad para satisfacer tales, retirará la confianza que mediante el sufragio le otorgó a sus representantes, como muestra de un proceso de deslegitimación de los actores

Con respecto de este fallo ya hemos dicho que para la tutela de los derechos sociales, así como de cualquier derecho fundamental, “concurren simultáneamente el control político y el control judicial, sin que tal coexistencia evoque exclusión alguna. Pero a su vez, la “incapacidad” del control político no se controlará a través de “procesos de deslegitimación”, sino a través del control judicial”, y en el caso concreto de violaciones actuales y reparables, mediante el amparo constitucional³⁶. Y es que hay que preguntarse ante los planteamientos de la decisión citada, qué soluciona una muestra de un proceso de deslegitimación ante una persona enferma que no recibe sus medicamentos más básicos, o, ante una familia entera que está a punto de morir por inanición. Bien se sabe que ese control político de deslegitimación poco ayudaría a solucionar los problemas que la realidad presente. De aquí que pareciera ser que el control que ejerce la Asamblea Nacional sobre el presupuesto es un control de los controles, dado que en su momento ésta verificará cuáles montos y en qué medida se asignaran a los cometidos del Estado, incluyéndose sin duda alguna, los servicios públicos tendientes a la salud, educación, vivienda, entre tantos otros derechos sociales. No obstante, como arriba se dijo, tal control suele no tener lugar.

Pero al margen de esto, qué sucede en los casos en que si bien tuvo lugar ese control legislativo, todavía se malversan los fondos públicos. Ante tal supuesto surgirían dos controles, el primero de los cuales sería el control fiscal que analizaremos más adelante (I.2.B.b).

El segundo se refiere al control judicial. Ya hemos mencionado que el control judicial se presenta temporalmente después del control legislativo más intenso, con total independencia de que éste se haya o no verificado, y que su presencia se ha iniciado ante el planteamiento de violaciones de derechos fundamentales de índole social. Ahora bien, lo que interesa es que se tenga en cuenta que en estos supuestos de control, el Poder Judicial actúa con cierta libertad para controlar si la discrecionalidad -en el caso que exista- de quienes formulan, elaboran, aprueban o ejecutan el presupuesto público han actuado razonablemente, siendo tal razonabilidad delimitada por la discrecionalidad judicial. A nuestro juicio, toda esta lucha de Poderes, así como de sus discrecionalidades, puede encontrar un límite en los derechos fundamentales y en la moral inherente a éstos. La cuestión está en que tales nociones si bien parecen objetivas o si se quiere, indiscutibles por que son en esencia, hay quienes podrían cuestionarlas en su sustancia. Y así las cosas, precisar los límites de las discrecionalidades o de los poderes mismos sería igual que pretender fijar las esquinas de un círculo. Pero como quiera que así sea, insistimos en los derechos fundamentales y en la moral inherente a éstos como una posible solución a la problemática. O mejor aún, en la comprensión de aquéllos a través de la implementación de ésta. Es una cuestión de repensar las convicciones que, en este sentido, parece pronunciarse la Sala Constitucional en fallo del 01 de abril de 2005, caso *Dinorak Castillo*.

Y en este orden de ideas, con relación a las averiguaciones administrativas, ya se ha dicho que hay que evitar “la falsa convicción que algunos sectores le han transmitido a la

36 HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo, *El amparo constitucional: Control de los derechos fundamentales*, Sherwood, Caracas, 2004, p. 115.

sociedad venezolana, conforme a la cual todo investigado por un órgano de control fiscal es un “corrupto”, es decir, un delincuente”³⁷, con lo cual se busca que se adecúe la conciencia social a los parámetros de la propia averiguación del caso que podrá enfocarse o no, a cuestiones de malversación. En resumidas cuentas, en nuestro criterio, sería adecuada la comprensión de los derechos fundamentales a través de su entendimiento desde su propia moral, lo cual se logrará con el convencimiento de que aquéllos existen, son y que además de que deben ser respetados, en efecto tal respeto puede tener lugar. Pero además de esto, estos derechos servirán, como se mencionó, para detener, o en su defecto detectar, las arbitrariedades que se hagan con y en contra del presupuesto público. Y es que se tiene en cuenta que si bien un presupuesto sujeto a los controles ex ante se presumirá legítimo, tal presunción solo es tal en cuanto al origen, siendo que, la violación (o no) de los derechos constituirá de forma complementaria, una presunción de (des)legitimidad en el ejercicio presupuestario³⁸.

2. El ciclo presupuestario: Las actividades administrativas de formulación, ejecución y evaluación presupuestaria:

Hechas las anteriores precisiones, corresponde ahora analizar el ciclo presupuestario a tenor de la Ley especial y su Reglamento número 1. Especialmente, el análisis de dicho ciclo, se enfocará en las actividades administrativas de formulación y de ejecución (A.), así como de evaluación (B.). Por su parte, la liquidación presupuestaria no se analiza en este punto dado que ella será estudiada más adelante, cuando se trate lo referente al principio de anualidad, en virtud de la estrecha y evidente relación conceptual (*vid. infra* II.2).

A. La formulación y la ejecución:

Como bien se sabe, la Ley de Administración Financiera precisa la manera de formulación así como aquella de ejecución del presupuesto de los entes u órganos que a dicha Ley están sujetos, como es el caso de la República, los Estados, el Distrito Metropolitano de Caracas, los Municipios, los institutos autónomos, las fundaciones constituidas por fondos públicos, entre tantas otras personas de derecho público mencionadas en el artículo 6 de la Ley especial. Pero de todas formas merece previa atención las “técnicas de elaboración del presupuesto”.

Según establece el artículo 2 del Reglamento número 1 todos los sujetos de la Ley especial “formularán y aplicarán la técnica de elaboración del presupuesto por programas, y las categorías equivalentes a programas, subprogramas, proyectos, actividades y obras, y la aplicarán en las restantes etapas o fases del proceso presupuestario, de conformidad con las instrucciones que al efecto dicte la Oficina Nacional de Presupuesto”. Luego dispone dicho artículo que “En aquellos casos de creación o modificación de la definición, denominación y clasificación de los programas, categorías equivalentes a progra-

37 ORLANDO, Freddy C., *La potestad inquisitiva de los órganos de control fiscal y la determinación de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos*, ob. cit., p. 160.

38 Sobre las nociones de legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio, y su relación con los derechos fundamentales, véase a BIDART CAMPOS, Germán, *La Constitución que dura 1853-2003, 1994-2004*, Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 262 y ss.

mas, subprogramas y proyectos propuestos por los respectivos organismos, deberán ser remitidos a la Oficina Nacional de Presupuesto antes del 30 de abril de cada año para su aprobación”.

Y en este sentido, también hay que tener en cuenta que el ciclo presupuestario debe cumplirse, por todos los sujetos de la Ley especial, “con base al plan de cuentas presupuestarias prescrito por la Oficina Nacional de Presupuesto”, el cual, en líneas generales, consta de “las cuentas de recursos y las cuentas de egresos” (artículo 4 del Reglamento N° 1).

Pues bien, al margen de estas consideraciones, de seguidas se expondrá cuál es el régimen presupuestario de la República y de los entes descentralizados, a tenor de la Ley especial y de su Reglamento N° 1.

a. *El régimen de la República y de los entes descentralizados sin fines empresariales.* Ciertamente, toca ahora estudiar el régimen de la República y aquel otro de los entes descentralizados sin fines empresariales. Para tal efecto, de inmediato se analizará el primero de éstos (a.1) y luego, se tendrá en cuenta el otro de los mencionados entes (a.2).

a.1 *La República.* Como arriba se mencionó, toca ahora analizar el régimen presupuestario de la República, para lo cual, se dividirá dicho análisis de la siguiente forma: En un primer momento se verán las normas relativas a la formulación del presupuesto (a.1.1), y en segundo plano, se determinarán aquellas referentes a la ejecución del mismo (a.1.2).

a.1.1 *La formulación del presupuesto.* En la Ley Orgánica de Administración Financiera, dentro del título I, capítulo II, hay una sección que trata sobre la formulación del presupuesto tanto de la República como de sus entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales (Sección cuarta: De la formulación del presupuesto de la República y de sus entes descentralizados sin fines empresariales). Y a tal efecto, para determinar conceptualmente la formulación presupuestaria tanto de aquella, como de éstos, de seguidas se analizará el articulado de dicha sección, en concordancia siempre con el Reglamento número 1.

a.1.1.1 *Los lineamientos generales.* Pues bien, el artículo 35 de la Ley especial dispone que “El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, fijará anualmente los lineamientos generales para la formulación del proyecto de ley de presupuesto y las prioridades de gasto, atendiendo a los límites y estimaciones establecidos en la ley del marco plurianual del presupuesto”. A su vez, y para el cumplimiento de lo anterior, establece el artículo 35, que “el Ministerio de Planificación y Desarrollo practicará una evaluación del cumplimiento de los planes y políticas nacionales y de desarrollo general del país, así como una proyección de las variables macroeconómicas y la estimación de metas físicas que contendrá el plan operativo anual para el ejercicio que se formula”. Finalmente, “El Ministerio de Finanzas, con el objeto de delimitar el impacto anual del marco plurianual del presupuesto, por órgano de la Oficina Nacional de Presupuesto, preparará los lineamientos de política que regirán la formulación del presupuesto”.

En orden al artículo citado se puede observar una secuencia en la formulación presupuestaria y, al propio tiempo, en los lineamientos que durante esa secuencia deben observarse: En primer lugar, las formulaciones que hagan los órganos de la República tienen que atenerse, en su justa medida, a aquello que establezca la Oficina Nacional de Presupuesto. Luego, en segundo lugar, ésta tendrá en cuenta los lineamientos que a bien tenga fijar el Presidente de la República en Consejo de Ministros, quien, a su vez, para tal fijación observará lo que previamente haya establecido la ley del marco plurianual

del presupuesto el cual, como quedó dicho, es elaborado por el propio Ejecutivo Nacional (a través de los Ministerios de Finanzas y Planificación y Desarrollo) conjuntamente con el Banco Central.

En este sentido, hay que tener en cuenta que las fijaciones hechas por el Ejecutivo Nacional culminarán “antes del cierre del segundo trimestre de cada año, para cuyo propósito el Jefe de la Oficina Nacional de Presupuesto, por iniciativa propia y con suficiente antelación, deberá: 1. Elaborar un cronograma con las principales tareas a cumplir, indicando la responsabilidad que adquirirán los distintos entes y órganos, y presentarlo en cuenta al Presidente de la República, para su consideración posterior en Consejo de Ministros, destacando las principales políticas sociales y económicas y el volumen global de los recursos y egresos; 2. Elaborar el presupuesto consolidado del sector público, previa consideración de los Ministerios de Finanzas y de Planificación y Desarrollo; 3. Preparar la versión inicial de los lineamientos de política presupuestaria, consistentes con el Marco de Presupuesto Plurianual, que se presentarán en cuenta al Presidente de la República, para su consideración posterior en Consejo de Ministros” (artículo 31 del Reglamento N° 1).

Al margen de todo esto, el artículo 37 de la Ley especial establece que “Los órganos del Poder Judicial, del Poder Ciudadano y del Poder Electoral formularán sus respectivos proyectos de presupuesto de gastos tomando en cuenta las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley del marco plurianual del presupuesto y los tramitarán ante la Asamblea Nacional, pero deberán remitirlos al Ejecutivo Nacional a los efectos de su inclusión en el proyecto de ley de presupuesto”. Esta norma amplía las limitaciones del artículo 35, al punto de que la observancia del marco plurianual se hará, no sólo por el Ejecutivo al momento de la formulación de los lineamientos generales de política fiscal, sino cuando, los órganos de los restantes Poderes -incluido el Legislativo, a pesar de la renuencia enunciativa del artículo 37- formulen sus proyectos presupuestarios. Sin embargo, tales órganos y entes deben tener en cuenta para la formulación, aquello que disponga la Oficina Nacional de Presupuesto.

En efecto “La Oficina Nacional de Presupuesto, atendiendo a los lineamientos generales y a las prioridades de gastos que establezca el Presidente de la República en Consejo de Ministros, elaborará la versión definitiva de la política presupuestaria para cada organismo y del cronograma que regirán para la formulación del proyecto de Ley de Presupuesto, y los hará del conocimiento oficial de los ordenadores de compromisos y pagos”. Y en este sentido “La Oficina Nacional de Presupuesto remitirá a todos los órganos y entes las normas e instrucciones que regirán para la formulación del respectivo proyecto de Ley de Presupuesto” (artículo 32 del Reglamento N° 1). Como quiera que sea, atendiendo a los anteproyectos preparados por los órganos y los entes de la República, la Oficina Nacional de Presupuesto elaborará el Proyecto de Ley de Presupuesto con los ajustes que “resulte necesario introducir” (artículo 36 de la Ley especial) para que, antes del quince de octubre de cada año el Ejecutivo Nacional lo presente a la Asamblea Nacional, exponiendo los motivos del mismo, e indicando los objetivos de éste y la metodología utilizada en su elaboración, o cualquier otro aspecto que discrecionalmente considere conveniente exponer (artículos 38 de la Ley especial y 32 del Reglamento N° 1).

¿Pero qué sucede si el Proyecto no se presenta antes de tal fecha?. En primer lugar, hay que tener en cuenta que para evitar tal renuencia, los ordenadores de compromisos y pagos “cuidarán que los anteproyectos de presupuesto cumplan con los requerimientos de la Oficina Nacional de Presupuesto y se presenten según el cronograma aprobado”, y, en caso contrario, “el Jefe de la Oficina Nacional de Presupuesto ordenará de oficio la

elaboración del respectivo presupuesto y su incorporación en el proyecto de Ley de Presupuesto (artículo 33 del Reglamento N° 1). En este punto cabría preguntarse si el artículo 159 de la Ley especial es aplicable en caso de que el Jefe de la Oficina Nacional de Presupuesto no dicte esta orden *ex officio*.

No obstante esto, en segundo lugar, la Ley de Administración Financiera (artículo 39) establece una válvula de escape cuyo origen, como se sabe, es de vieja data: La reconducción presupuestaria, la cual se analizará más adelante como excepción al principio de anualidad (*vid.* II.2.B).

a.1.1.2 *Los ordenadores de compromisos y pagos.* Según lo establece el artículo 51 de la Ley especial:

El Director del Despacho del Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo de la República, los Ministros, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, el Presidente del Consejo Moral Republicano, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República, el Presidente del Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la República, el Superintendente Nacional de Auditoría Interna y las máximas autoridades de los entes descentralizados sin fines empresariales, serán los ordenadores de compromisos y pagos en cuanto al (*sic*) presupuesto de cada uno de los entes u organismos que dirigen.

Pues bien, como antes se dijo, los ordenadores “cuidarán que los anteproyectos de presupuesto cumplan con los requerimientos de la Oficina Nacional de Presupuesto y se presenten según el cronograma aprobado. En caso contrario, el Jefe de la Oficina Nacional de Presupuesto ordenará de oficio la elaboración del respectivo presupuesto y su incorporación en el proyecto de Ley de Presupuesto” (artículo 33 del Reglamento N° 1). Pero como quiera que sea, también hay que saber que las facultades de los ordenadores son delegables, excepción hecha de lo concerniente a la Asamblea Nacional. En efecto, tales funcionarios podrán delegar sus facultades siempre que dejen constancia del monto límite, así como de los conceptos de gastos objeto de la delegación, siendo además que la delegación deberá publicarse en *Gaceta Oficial* (artículo 49 *eiusdem*). En este artículo se dispone también que la firma del delegado deberá registrarse en la Oficina Nacional del Tesoro, sin perjuicio del registro que debe hacerse directamente en la Contraloría General de la República en los casos de los gastos de seguridad y defensa del Estado. Ya por último, hay que tener en cuenta que las máximas autoridades arriba mencionadas pueden autorizar determinadas modificaciones presupuestarias, según lo establece el artículo 91 *eiusdem*.

a.1.2 *La ejecución del presupuesto.* Como bien se sabe, la ejecución del presupuesto es una actividad administrativa de liquidación dineraria que observa al menos tres “pasos ineludibles” para su perfeccionamiento. Y es que, ciertamente, ya la jurisprudencia nacional ha considerado que existen tales pasos “que intervienen en la ejecución del gasto público” y que, en líneas generales, son los siguientes: Primer paso: El compromiso. Éste es un acto administrativo mediante el cual el funcionario público competente, asume en nombre y a favor del órgano o ente que representa, una obligación que afecta los fondos públicos de este último. Segundo paso: La causación. Tal paso se refiere a la configuración del hecho generador de la obligación de pagar, bien sea por disposición de la Ley o bien por alguna prestación contractual. Y tercer paso: El pago, que se refiere,

básicamente, a la cancelación efectiva de la obligación asumida³⁹. Es en este sentido que sobre los mencionados “pasos ineludibles”, pueden consultarse las decisiones de la Sala Político Administrativa del 20 de julio de 2004, caso *José Alberto Galíndez*, y del 30 de noviembre de 2004, caso *Salomón Centeno*.

Visto lo anterior, toca ahora precisar dos aspectos conceptuales, uno insertado en la Ley de Administración Financiera, y otro derivado de la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa. El primero de los aspectos se refiere a la distinción ahora existente entre gasto causado y gasto comprometido. Y es que a tenor del artículo 47 de la Ley especial “Se considera gastado un crédito cuando queda afectado definitivamente al causarse un gasto”. De forma similar a lo anterior, lo establece el artículo 126 del Reglamento número 1. Incluso, hay que tener en cuenta que el artículo 56 de este Reglamento establece que la afectación del crédito tiene lugar “con el registro de precompromisos y compromisos”, disponiendo además de esto que “El precompromiso constituye una reserva del crédito presupuestario” y que, por su parte, “El registro de los compromisos constituye una afectación preventiva de los créditos presupuestarios”.

Es en este sentido que hay que precisar lo ya dicho por la jurisprudencia con relación a los pasos ineludibles en la ejecución del gasto público: El compromiso, y porqué no, el precompromiso también, se refieren a la afectación de los gastos, afectación ésta que carece en el citado artículo 56 del epíteto “definitiva”. Por el contrario, en esta norma se dice que el registro del compromiso equivale a una afectación “preventiva”. Pero por su parte, el artículo 58 *eiusdem* establece que “Un gasto se considera causado al hacerse exigible el pago de la obligación y afectará los créditos presupuestarios con su registro definitivo con cargo al presupuesto”. En otras palabras, lo anterior equivale a decir que la afectación definitiva ocurre en el momento en el cual tiene lugar el hecho generador de la obligación de pagar. Y siendo así las cosas, la diferencia entonces entre los gastos comprometidos y los gastos causados se remitirá, básicamente, a su nivel de afectación presupuestaria en orden a los pasos de la ejecución del gasto público.

El segundo aspecto a precisar tiene que ver con los gastos presupuestarios ante estados de emergencia, declarados así por la Administración. Por ejemplo, en la ya mencionada sentencia de la Sala Político Administrativa del 30 de noviembre de 2004, caso *Salomón Centeno*, se consideró que para los gastos en casos especiales, y más concretamente ante un estado de emergencia, “lo único que la Administración del ente respectivo puede obviar, es el procedimiento licitatorio correspondiente por una adjudicación directa; sin embargo, no queda eximida de la obligación previa de la ordenación del pago, de la suscripción formal de un acuerdo o compromiso entre las partes, que comprometería el erario público, con la finalidad de ordenar y pagar, con cargo al presupuesto subsiguiente, las erogaciones que se estaban realizando de emergencia”. En concreto, el caso se refería al decreto de emergencia estatal de julio de 1998 que la Gobernación del Estado Cojedes emitiere, ante los entonces desastres naturales ocasionados por las frecuentes y copiosas lluvias, situación que en la actualidad no cesa de repetirse en la mayoría del territorio nacional, visto que el 09 de febrero de 2005 se declararon en estado de emergencia en los Estados Aragua, Carabobo, Falcón, Miranda, Vargas, Yaracuy, así como en el

39 Para algunos comentarios con respecto de esta forma si se quiere, normal de terminación de las obligaciones, véase a MÉLICH ORSINI, José, *El pago*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000.

Distrito Metropolitano⁴⁰, y el 14 también de febrero de 2005, se declaró lo mismo con respecto de los Estados Mérida, Táchira y Zulia⁴¹.

E incluso, ante tales situaciones recientes la Asamblea Nacional acordó declararse en emergencia “a los fines de darle viabilidad y celeridad a todas las solicitudes de tramitación de recursos financieros, para atender las lamentables consecuencias de esta tragedia natural”⁴².

Pero como quiera que así sea, lo que interesa es que en el caso comentado se cuestionaba la cancelación de un “contrato” que se había celebrado -sin las formalidades presupuestarias mínimas- para rentar el uso de aviones que eran, a criterio de la Gobernación, de necesidad inmediata, criterio éste que también se ha alegado en otros casos, como por ejemplo en Carlos Alberto Muñoz, decidido por la Sala Político Administrativa el 11 de mayo de 2004. Pues bien, como ya se mencionó, la Sala dispuso a tal efecto que se podía prescindir del procedimiento licitatorio por una adjudicación directa, pero por el contrario, en momento alguno podían inobservarse los “pasos ineludibles” para la ejecución presupuestaria. En efecto, la adjudicación directa es un procedimiento de selección de contratista -en el caso en cuestión, los propietarios de los aviones- cuya excepcional aplicación está fijada por determinados valores -en el momento actual, mil cien unidades tributarias para la prestación de servicios- y que a su vez pueden obviarse “En caso de emergencia comprobada dentro del respectivo organismo o ente”. Todo lo dicho a tenor de los artículos 4.10, 87 y 88.6 de la Ley de Licitaciones⁴³. Visto esto, ciertamente entonces lo fijado por la Sala Político Administrativa pareciera ser acertado. Y si se quiere, tan acertado, que por su parte la Sala Constitucional declaró con lugar un amparo por violación del principio de la legalidad presupuestaria lo cual consideró además como una “subversión del debido proceso”, dado que en el caso en cuestión se había ordenado a un Municipio el cumplimiento de una obligación de pagar determinada suma de dinero obviándose el artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, según el cual en tales circunstancias se ordenará judicialmente “que se incluya el monto a pagar en la partida presupuestaria en el próximo o próximos presupuestos”. En este último sentido véanse las decisiones del 03 de agosto de 2001, caso *Alcaldía del Municipio Juan Germán Roscío del Estado Guárico*, y del 06 de mayo de 2004, caso *Felipe Villalobos*.

Al margen de estas precisiones preliminares, toca entrar propiamente al proceso de ejecución del presupuesto. Pues bien, una vez promulgada la Ley de Presupuesto, el Presidente de la República decretará, dentro de los diez días hábiles siguientes a ésta, la distribución general del presupuesto de gastos, que consiste, básicamente, en la presentación desagregada hasta el último nivel previsto en los clasificadores y categorías de programación utilizadas, de los créditos y realizaciones contenidas en la propia Ley de Presupuesto. De todas formas, esta distribución tendrá un contenido mínimo, como la estructura programática aprobada por la Oficina Nacional de Presupuesto, o la descripción de los proyectos que se hagan (artículos 46 de la Ley especial y 41 del Reglamento N° 1). Como quiera que sea, esta distribución se estudiará, en cuanto a los créditos presupuestarios y su distribución administrativa, de forma separada (*vid. infra* a.1.2.1 y a.1.2.2).

40 *Gaceta Oficial* n° 38.123, 9 de febrero de 2005.

41 *Gaceta Oficial* n° 38.126, 14 de febrero de 2005.

42 *Gaceta Oficial* n° 38.124, 10 de febrero de 2005.

43 *Gaceta Oficial Extraordinario* n° 5.556, 13 de noviembre de 2001.

Hecha la distribución, la Oficina Nacional de Presupuesto programará por sub períodos mensuales la ejecución de los ingresos de la República, conjuntamente con los órganos o entes que sean competentes para la administración de los ingresos nacionales, y la remitirá a la Oficina Nacional del Tesoro a objeto de la elaboración de la programación del flujo de fondos de la República. Siguiendo esta programación, los órganos o entes de la República precisarán la ejecución física y financiera de sus presupuestos, las cuales, podrán ser variadas discrecionalmente por la Oficina Nacional del Presupuesto (artículos 50 de la Ley especial y 38 del Reglamento N° 1). También en este sentido, hay que tener en cuenta que los órganos o entes de la República están obligados a llevar registros de la ejecución de sus presupuestos. Éstos se harán a través de la liquidación (por acto administrativo con expresión del deudor, el monto de la deuda y la causa de ésta) o bien cuando se devenguen los ingresos (que es el momento cuando se adquiere el derecho a percibir los recursos), y éstos se hayan recaudado, lo cual se verifica ante la entrega en las oficinas o demás entidades recaudadoras de fondos nacionales, de dinero en efectivo, cheques, certificados de reintegro tributario y otros instrumentos establecidos para el pago de tributos (artículos 48 de la Ley especial, y, 39 y 40 del Reglamento N° 1). Por otra parte, en relación a los gastos, el registro se hará en el momento en el cual se causen (cuando se hace exigible el pago de la obligación, sin importar el momento del pago efectivo), o bien en las etapas de compromiso o de pago. De todas formas, este registro tiene que ser considerado como un mecanismo para afectar, con carácter preventivo, la disponibilidad de los créditos presupuestarios, así como para reflejar la cancelación de las obligaciones asumidas, de forma válida (artículos 54 de la Ley especial y 58 del Reglamento N° 1. *Vid.* también *infra* II.5).

Ya para terminar este aparte, corresponde estudiar tres aspectos: Los ordenadores de compromisos y pagos, la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos y las modificaciones presupuestarias. El primer aspecto ya fue abordado (*vid.* supra a.1.1.2), mientras que el segundo lo será más adelante (*vid.* *infra* a.1.2.2). Por esta razón, y para evitar tediosas repeticiones, sólo haremos el análisis del tercer aspecto, sin perjuicio de lo que sobre él mismo pueda agregarse luego (*vid.* *infra* II.1).

Las modificaciones presupuestarias son las variaciones a los límites máximos de las autorizaciones disponibles para gastar establecidas en la Ley de Presupuesto y en los créditos presupuestarios acordados en la distribución general de la misma, en cuyo caso tendrá que tramitarse por ante la Oficina Nacional de Presupuesto (artículos 87 y 88 del Reglamento N° 1). En otras palabras, se puede decir que estas modificaciones revelan una inobservancia excepcional de los límites que fijan las propias reglas macrofiscales. Pues bien, precisamente por ese carácter excepcional es que las modificaciones tienen que verificarse ante un trámite algo complejo. Al margen de lo que acá se diga, véase el Instructivo número 3 de la Oficina Nacional de Presupuesto.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el Ejecutivo Nacional solicita y formaliza ante la Asamblea Nacional las modificaciones presupuestarias, comúnmente a través de los “créditos adicionales” que tantas veces se observan en la *Gaceta Oficial*, en orden a la modificación del límite máximo de gasto permitido. A su vez, queda a criterio de la Asamblea, como prerrogativa inherente, la aprobación o no de dichas modificaciones. Si por su parte, la alteración presupuestaria consiste en un incremento del gasto corriente en detrimento de aquel de capital, ésta solo será aprobada por la Asamblea, si así ella lo considera, y si se le presenta “debidamente” por parte de la Oficina Nacional de Presupuesto, la documentación que a su vez a bien tenga entregarle el órgano o ente que busca la modificación. Por el contrario a esto último, no se

efectuarán modificaciones que signifiquen un incremento de los gastos corrientes en perjuicio de los gastos de servicio de los gastos del servicio de la deuda pública, y por su parte, en caso de créditos adicionales a financiarse con ingresos de operaciones de crédito público, el Poder Ejecutivo los autorizará siempre que tal autorización esté contenida en la Ley de Endeudamiento. Como quiera que sea, si la Asamblea Nacional resuelve favorablemente sobre la modificación presupuestaria, ésta será decretada por el Presidente de la República, quien ordenará su publicación en *Gaceta Oficial* (artículos 52 de la Ley especial y 89 del Reglamento N° 1).

Dicho lo anterior, hay que considerar, en segundo lugar, que en el presupuesto de gastos de la República se incorporará un crédito denominado “Rectificaciones al Presupuesto”, cuya disposición por parte del Ejecutivo Nacional está determinada para “atender gastos imprevistos que se presenten en el transcurso del ejercicio o para aumentar los créditos presupuestarios que resultaren insuficientes, previa autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros” (artículo 53 de la Ley especial). Esta disposición, junto con aquellas contenidas en los artículos 43 *eiusdem* y 90 del Reglamento número 1, fijan ciertas prerrogativas para el Presidente de la República, quien actuará siempre en Consejo de Ministros y que, de una u otra forma, se resumen en a) la autorización de créditos presupuestarios ante la reducción de los ingresos previstos para el ejercicio, con relación a las estimaciones de la Ley de Presupuesto, b) los traspasos de créditos pedidos por sus órganos o entes con aumento de los gastos de capital y en disminución de los gastos destinados a la deuda pública, c) los traspasos de créditos de una obra a otra de diferentes proyectos, de un mismo o distintos programas, y, d) el uso de los créditos fijados en la partida “Rectificaciones al Presupuesto”. En este mismo sentido hay que tener en cuenta que se establecen modificaciones presupuestaria, tanto a cargo de las máximas autoridades de los organismos ordenadores de compromisos y pagos (*vid. supra* a.1.1.2), como a favor del Jefe de la Oficina Nacional de Presupuesto (artículos 91 y 92 del Reglamento N° 1).

a. 1.2.1 *Los créditos presupuestarios en general.* El artículo 42 del Reglamento número 1 dispone que “Los créditos presupuestarios son las asignaciones previstas para financiar los gastos corrientes, de capital y las aplicaciones financieras, las cuales deben imputarse a las partidas de cada una de las categorías programáticas del presupuesto previstas para el ejercicio económico correspondiente”.

Esto quiere decir que los créditos presupuestarios son la esencia de la movilidad estatal, si se tiene en cuenta que el Estado ha de desenvolverse económicamente en la mayoría de sus aspectos prestacionales. Por tal razón es que estos créditos “Constituyen un límite máximo para gastar a los efectos del control externo, los créditos presupuestarios asignados a nivel del organismo, a los gastos corrientes y de capital totales a dicho nivel, así como a las categorías programáticas y de partidas que la Asamblea Nacional decida aprobar con tal carácter, conforme a las disposiciones generales de la Ley de Presupuesto” (artículo 42 del Reglamento N° 1). Al margen de esto, dispone el citado artículo que “A los efectos del control interno constituyen límites máximos para gastar los créditos presupuestarios asignados a las desagregaciones de las categorías programáticas y de las partidas antes indicadas, así como los asignados a las unidades administradoras”. En este punto hay que tener en cuenta, si se quiere tangencialmente, que el control interno es un sistema de la administración financiera, regulado por lo tanto en un título de la Ley especial (Título VI. Del sistema de control interno) y que en tal sentido, para algunos “lo

coloca fuera de su propio contexto”⁴⁴, pero que en definitiva, trasciende de nuestro estudio a pesar de la “interrelación” de todos los sistemas presupuestarios que enuncia el artículo 3 de la Ley especial⁴⁵.

Hechas esta brevísima aproximación, toca examinar la distribución administrativa de los créditos presupuestarios, en especial, bajo la noción de las unidades administradoras, lo cual se hará inmediatamente.

a. 1.2.2 *Las unidades administradoras (central y desconcentradas) y ejecutoras.* Las unidades administradoras están encargadas del manejo de los créditos públicos y, conjuntamente con las unidades ejecutoras, conforman en ese sentido la estructura para la ejecución financiera del presupuesto (artículos 48 y 50 del Reglamento N° 1). Pero como quiera que sea, hay que tener en cuenta que, por un lado, las unidades administradoras son las que “manejan” los créditos presupuestarios, pudiendo ser central o desconcentradas.

La unidad administradora central será la Dirección de Administración o su equivalente en cada ente u organismo o que previa delegación del ordenador de compromisos y pagos, “girará las órdenes de pago para atender los gastos a cancelarse mediante fondos en avance o anticipos, a las unidades administradoras desconcentradas y manejará los fondos en avance o en anticipo que se le asignen”⁴⁶. De igual forma, la unidad administradora central junto con aquella unidad de presupuesto, distribuirán y controlarán internamente las cuotas de compromisos y pagos que sean asignadas al organismo, siendo que el Ministerio de Finanzas por medio de las Oficinas Nacionales de Presupuesto y Tesorería, aprueba las cuotas periódicas de compromisos, de gastos causados y de pagos por cada organismo, a fin de adecuar el ritmo de ejecución del presupuesto de gastos con el flujo de los ingresos y disponibilidades del Tesoro Nacional (artículo 47 del Reglamento N° 1).

Por su parte, hay que tener en cuenta que las unidades administradoras desconcentradas siempre dependerán de la primera en cuanto a su cometido, y además, deberán tener suficiente capacidad administrativa que les permita manejar un monto anual mínimo de dos mil quinientas unidades tributarias. Un ejemplo de estas unidades es la Comisión de Administración de Divisas, según resolución número 1.609 del Ministerio de Finanzas, del 09 de febrero de 2005⁴⁷. Pues bien, en este orden de ideas, esa distribución administrativa entre las unidades central y desconcentradas será ordenada, previa opinión de la Oficina Nacional de Presupuesto, por “la máxima autoridad de cada organismo ordenador de compromisos y pagos”, se registrará en el sistema integrado de información financiera a cargo del Ministerio de Finanzas, y finalmente, se publicará la resolución del caso en *Gaceta Oficial*. Pero además de esto, también hay que tener en cuenta que por cuestiones preventivas de salvaguarda del patrimonio público los funcionarios responsables de las unidades administradoras “no podrán tomar posesión de sus cargos hasta tanto presten caución suficiente para el ejercicio de sus funciones, frente a la Auditoría Interna de la respectiva unidad”, equivalente a ciento cincuenta unidades tributarias (artículos 43, 45, 52 y 53 *eiusdem*).

44 RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, “Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público”, *Revista de Derecho Administrativo* n° 10, Sherwood, Caracas, 2000, p. 282.

45 De todas formas, sobre este aspecto, remitimos al libro de Freddy ORLANDO citado en la nota n° 28.

46 En este punto valga una referencia conceptual: Por avances se entiende a aquellas entregas de fondos a las unidades administradoras (central y desconcentradas) para los gastos de defensa y seguridad estatales, los gastos de las unidades administradoras constituidas en el exterior y los gastos de pasivos laborales, entre otros. Por su parte, por fondos en anticipo se entenderá a aquellos girados con carácter permanente y de reposición periódica, a favor de las unidades administradoras (artículos 63 y 69 del Reglamento n° 1).

47 *Gaceta Oficial* n° 38.124, 10 de febrero de 2005.

Visto lo dispuesto por el artículo 43 del Reglamento número 1, aquí habría que hacer una precisión: Dice esta norma que “la máxima autoridad de cada organismo ordenador de compromisos y pagos dictará la respectiva resolución interna sobre la distribución administrativa de los créditos presupuestarios”. Ahora bien, sucede que el artículo 51 de la Ley especial enumera a las máximas autoridades del Estado, agregando además que éstas, y las máximas autoridades de los entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales “serán los ordenadores de compromisos y pagos”. Si la máxima autoridad es el ordenador de compromisos y pagos, ¿puede decirse entonces que éste tiene alguna máxima autoridad?. En realidad sí se puede. La cuestión es que con tal enunciación se incurre a veces en una redundancia nomenclatural capaz de generar confusiones varias. Por ejemplo, el citado artículo 51 enuncia a “los Ministros” como ordenadores de compromisos y pagos, y dentro de tal rubro está sin duda alguna el Ministro de Finanzas. Siendo así las cosas, se sabe también que la más reciente distribución administrativa de este Ministerio -como ordenador- se hizo mediante resolución 1.609, la cual emanó del propio Ministro. He aquí la redundancia nomenclatural antes aludida.

Ya por otro lado, y a tenor del artículo 44 *eiusdem*, las unidades ejecutoras son aquellas que ejecutan efectivamente de manera total o parcial, las labores con sus respectivos volúmenes de trabajo, previstos para las actividades y obras de los proyectos. Y a su vez, los créditos de estas categorías se desagregarán entre las unidades ejecutoras locales que realizan las tareas para lograr los volúmenes de trabajo correspondientes a su nivel. Por último, hay que tener en cuenta que tanto la unidad de presupuesto como la administradora central de cada organismo “controlarán internamente las cuotas de compromisos y pagos que sean asignadas al organismo” (artículo 47 del Reglamento N° 1).

a.2 *Los entes descentralizados sin fines empresariales*. Visto entonces el régimen presupuestario de la República, toca referirnos en este punto a aquel referente a los entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales. Pues bien, a tenor del artículo 34 del Reglamento número 1:

Se consideran como entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, los institutos autónomos, las personas jurídicas estatales de derecho público, los servicios autónomos sin personalidad jurídica y las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos o dirigidas por alguna de las personas referidas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.

En orden a la amplitud subjetiva del artículo citado, hay que hacer aquí algunas precisiones sobre los servicios autónomos sin personalidad jurídica⁴⁸: Por un lado, el artículo 34 de la Ley especial considera que tales servicios autónomos pueden sufrir una afectación específica, lo que quiere decir que, sus gastos serían básicamente extrapresupuestarios. Mientras tanto, por otro lado, el artículo 34 del Reglamento número 1 los considera entes descentralizados sin fines empresariales, aún cuando sean éstos organismos desconcentrados, tal como lo advierte Rachadell. Existe entonces un desconocimiento normativo de dos principios básicos de la organización administrativa: La descentralización y la desconcentración⁴⁹. Ciertamente, en el primero, el organismo

48 RACHADELL, Manuel, “La reforma del régimen jurídico de la administración financiera del sector público”, *Revista de Derecho* n° 5, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 433-435.

49 IVANEGA, Miriam Mabel, “Los principios de la organización administrativa”, Documentación Administrativa n° 267/268. El derecho administrativo en Argentina: Situación y tendencias actuales (I), Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 2004, pp. 202-204, y también en el ámbito nacional puede consultarse a GONZÁLEZ, José Valentín, “Consideraciones sobre la descentralización, la desconcentración y la delegación y el elemento subjetivo del acto administrativo”, *Revista de Derecho Administrativo* n° 11, Sherwood, Caracas, 2001, pp. 73-86.

del caso posee personalidad jurídica propia, cualidad de la que carece en el segundo supuesto, siendo en consecuencia, que los servicios autónomos sin personalidad jurídica se insertan bajo este segundo supuesto organizativo. Y en definitiva, ante la presencia del citado error normativo, hay que tener en cuenta que tales servicios están bajo la personalidad jurídica de la República. Un dechado de estos servicios puede ser la Oficina Nacional para el Desarrollo de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, a tenor del artículo 13 de la Ley Orgánica para la prestación de dichos servicios⁵⁰.

Sin embargo, cabe observar que aun cuando el artículo 34 del Reglamento número 1 disponga, según su propio título, la “Formulación de los presupuestos de los entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales”, el artículo siguiente (35) establece que “Los entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales y demás órganos desconcentrados a que se refiere el artículo anterior ...”. Con tal referencia se podría pensar que el error antes aludido queda de alguna forma desvirtuado. Pero, dada la imprecisión de ambos artículos, el error existe, al igual que varios otros en la norma reglamentaria, y así los sostenemos en orden a lo ya expuesto.

Por ejemplo, el propio artículo 35 del Reglamento número 1 dice *in toto* que “Los entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales y demás órganos desconcentrados a que se refiere el artículo anterior, se regirán por lo dispuesto en el Capítulo III del presente Reglamento, en cuanto les sea aplicable”. Pues bien, dicho Capítulo es aquel que va desde el artículo 11 al artículo 92 del Reglamento número 1, dentro de los cuales se incluye, el propio artículo 35. Vista tal remisión, estaríamos así en presencia de una redundancia normativa, y por ende, un error más como el mencionado antes. No obstante esto, aun cuando pareciera que la remisión es excesiva, la verdad es que peca por defecto: Lo que se debería aplicar, en su justa medida, es la Sección Tercera, del Capítulo III (De la formulación del presupuesto de la República incluido en el título II de la Ley de Presupuesto), dado que, en la Ley especial, el régimen de la República, y el de los entes acá mencionados, se hace de forma conjunta.

a.2.1 *La formulación del presupuesto.* Como se acaba de mencionar, lo dicho con relación a la formulación presupuestaria de la República se tiene en cuenta, en tanto sea aplicable, a los efectos de la formulación de los entes descentralizados sin fines empresariales. Por esto, en orden a la brevedad, remitimos a lo ya dicho sobre el punto (*vid. ut supra* a.1), y por supuesto, al Instructivo número 12 de la Oficina Nacional de Presupuesto. Pero al margen de esto, hay que hacer algunas precisiones adicionales: En primer lugar, en cada programa, o su equivalente, así como en cada subprograma o proyección de los entes descentralizados funcionalmente, se deberá incluir la información que de inmediato se enuncia.

Con relación al órgano o ente en general, se tendrán que mencionar a) la política presupuestaria y la incidencia económica que ésta tenga en los próximos ejercicios; b) las principales metas a alcanzar con los recursos reales y financieros asignados; c) la relación de los principales recursos reales empleados, en particular el referido a los recursos humanos; d) los créditos presupuestarios asignados a los programas y categorías equivalentes y por partidas del órgano o ente en cuestión, y; e) la clasificación de los gastos de éste, con mención de los gastos corrientes y de capital (artículo 36.1 del Reglamento N° 1).

50 *Gaceta Oficial Extraordinario* n° 5.568, 31 de diciembre de 2001.

Luego, en orden a cada categoría programática, habrá que indicar a) la naturaleza y situación actual de los bienes o servicios, así como su incidencia económica y financiera, teniendo para esto en cuenta los lineamientos del marco plurianual; b) la denominación de la unidad ejecutora responsable; c) la relación de los principales recursos reales empleados, en particular el referido a los recursos humanos; d) los créditos presupuestarios asignados a los programas y categorías equivalentes y por partidas del órgano o ente del caso, y; e) los indicadores de desempeño seleccionados conjuntamente con la Oficina Nacional de Presupuesto (artículo 36.2 del Reglamento N° 1).

Ya finalmente, en lo que se refiere a la información financiera, se señalará la cuenta ahorro-inversión-financiamiento, los estados financieros proyectados y demás datos que sean necesarios para su análisis, así como cualquier otro que requiera la Oficina Nacional de Presupuesto, a través de sus instrucciones (artículo 36.3 del Reglamento N° 1).

De una u otra forma, a tenor del artículo 37 *eiusdem*, todo lo antes descrito se considerará además como información mínima presentable a la Asamblea Nacional.

a.2.2 *La ejecución del presupuesto.* Al igual que sucede con la formulación, en la ejecución del presupuesto de los entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, se observan disposiciones comunes (en la Ley especial) o similares (en el Reglamento N° 1) a aquellas que rigen para la República. A tal efecto, a continuación se verán sus particularidades.

Pues bien, una vez publicada la Ley de Presupuesto, la máxima autoridad de cada ente descentralizado sin fines empresariales, “dictará la respectiva resolución interna sobre la distribución administrativa de créditos presupuestarios, la cual presentará la información discriminada por unidades administradoras y unidades ejecutoras locales, de acuerdo con las instrucciones que al efecto establezca la Oficina Nacional de Contabilidad”. Al margen de esto, las máximas autoridades acá mencionadas ordenarán hacer los ajustes a los respectivos proyectos presupuestarios, los cuales, una vez ajustados, se convierten en el presupuesto definitivo de recursos y egresos (equivalente a la distribución general del presupuesto de gastos) para la toma de decisiones gerenciales de cada uno de los órganos o entes (artículos 93 y 94 *eiusdem*).

Todas las unidades administradoras arriba indicadas conformarán la estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos, la cual, al propio tiempo, estará integrada por la unidad administradora central (*i.e.* la Dirección de Administración o quien haga sus veces) y por las unidades administradoras desconcentradas que, básicamente, deberán tener suficiente capacidad administrativa para el manejo de créditos presupuestarios de monto igual o superior a dos mil quinientas unidades tributarias (artículo 95 *eiusdem*). De todas formas, téngase en cuenta que lo arriba explicado sobre estas unidades puede resultar aplicable en estos casos, siempre que no evoque una contradicción o arbitrariedad alguna (artículos 96 y 99 del Reglamento N° 1. *Vid.* además *supra* a.1.2.2).

Pero como quiera que sea, los entes descentralizados sin fines empresariales deberán programar la ejecución física y financiera de su presupuesto de recursos y egresos, y a la vez, esta programación puede sufrir variaciones con ocasión de modificaciones presupuestarias, en cuyo caso, habrá que sujetarse a las aprobaciones establecidas *ex lege* (artículos 97 y 98 *eiusdem*).

b. *Los regímenes presupuestarios de los Estados, del Distrito Metropolitano de Caracas, de los Distritos, de los Municipios, de las sociedades mercantiles del Estado y demás entes descentralizados con fines empresariales.* Llegados a este punto, corresponde examinar los regímenes presupuestarios, si se quiere, “especiales”. Para tal efecto, en

una primera aproximación se analizarán los regímenes de los Estados, del Distrito Metropolitano, de los Distritos y de los Municipios (b.1), para luego, en una segunda aproximación, determinar el de las sociedades mercantiles del Estado y demás entes descentralizados con fines empresariales (b.2).

b.1 *Los Estados, el Distrito Metropolitano de Caracas, los Distritos y los Municipios.* Según el artículo 62 de la Ley especial “El proceso presupuestario de los estados, distritos y municipios se regirá por la Ley Orgánica de Régimen Municipal, las leyes estatales y las ordenanzas municipales respectivas, pero se ajustará, en cuanto sea posible, a las disposiciones técnicas que establezca la Oficina Nacional de Presupuesto”.

Existe aquí una remisión normativa a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, a las leyes de los Estados y a las ordenanzas de los Municipios, que tiene que ajustarse “en cuanto sea posible” a lo que establezca la Oficina Nacional de Presupuesto. En este sentido, la posibilidad del ajuste normativo a las disposiciones técnicas que dicte esta Oficina, está determinada por las propias limitaciones materiales, y por ende técnicas, que se observen en cada Estado, Distrito o Municipio. Por su parte, el propio artículo 62 indica que las normas presupuestarias estatales, distritales y municipales se remitirán dentro de los sesenta días siguientes a su aprobación, mediante el Vicepresidente Ejecutivo a la Asamblea Nacional, al Consejo Federal de Gobierno, al Ministerio de Planificación y Desarrollo y a la Oficina Nacional de Presupuesto “a los solos fines de información”. Y de todas formas “Dentro de los treinta días siguientes al fin de cada trimestre, remitirán... a la Oficina Nacional de Presupuesto información acerca de la respectiva gestión presupuestaria”. En este orden de ideas, pareciera que las remisiones acá establecidas se circunscriben “a los solos fines de información”. Sin embargo, tal circunscripción tiene que ser mejor precisada.

Ciertamente, si se tiene en cuenta que las normativas estatales, distritales y municipales tienen que adecuarse a las disposiciones técnicas de la Oficina Nacional de Presupuesto, y que, a su vez, tales normativas “se ajustarán” a los principios presupuestarios básicos contenidos tanto en la Constitución como en la Ley especial (artículo 64 *eiusdem*), entonces la finalidad de las remisiones resulta ser, ya no informativa, sino contralora. Control éste que se reduciría a la constatación de que los Estados, Distritos y Municipios están adecuándose -en su justa medida- a lo establecido en el caso por la Oficina Nacional de Presupuesto, y de que al propio tiempo, el ciclo presupuestario de tales entidades observa -con toda rigurosidad- los principios presupuestarios esenciales, que luego estudiaremos (infra II.).

Como quiera que así sea, retomamos el análisis del régimen presupuestario acá analizado, y la mencionada remisión a la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Pues bien, se sabe que el capítulo IV (Del Presupuesto y la Contabilidad) del título VII de la Ley Orgánica de Régimen Municipal⁵¹, está referido al régimen presupuestario aplicable a los municipios, en el sentido que a continuación se explica. En primer lugar, el Alcalde -rama ejecutiva del gobierno municipal- tiene que presentar a la consideración del Concejo Municipal -rama deliberante del mismo- con por lo menos cuarenta y cinco días de anticipación al período fiscal del caso, el Proyecto de Ordenanza de Presupuesto de In-

51 *Gaceta Oficial Extraordinario* n° 4.109, 15 de junio de 1989. En este sentido, el 17 de mayo de 2005 se sancionó la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (remitiéndosele al Poder Ejecutivo el 25 de mayo) que pasaría a regular el sistema presupuestario municipal en sus artículos 230 y ss., sin mayor cambio sustancial con relación al régimen derogado.

gresos y Gastos (artículos 50, 74.6, 76.7 y 135), cuya aprobación por parte del Concejo, tiene que observar las mismas formalidades que toda Ordenanza (artículo 132).

Este Proyecto se estructurará de la siguiente forma: a) Disposiciones Generales, b) Presupuesto de Ingresos, y, c) Presupuesto de Gastos. Y al propio tiempo, a este Proyecto se le anexarán los Programas Coordinados del Situado Municipal, así como cualquier otro anexo que a bien tenga considerar el Concejo (artículo 132). Como se puede observar, esta estructura es similar a aquella contenida en la derogada Ley de Régimen Presupuestario, que por eso mismo, difiere de la que establece la Ley de Administración Financiera. ¿Ese artículo 132 colide entonces con la Ley de Administración Financiera, y de ser así, queda derogado en virtud del artículo 171 de ésta?. No obstante la respuesta a esta interrogante, pareciera que en la actualidad se sigue aplicando, sin distingo alguno, la estructura primigenia.

En este orden de ideas, la Ley de Régimen Municipal también reconoce los principios presupuestarios básicos que, en la Ley de Administración Financiera, han permanecido incólumes. Por ejemplo, el de especificidad o especialidad, el de unidad y no afectación específica (artículo 133), el de reconducción (artículo 136), y, el de validez de las obligaciones contraídas (artículo 140). Para evitar repeticiones superfluas, nos remitimos sobre estos aspectos a las delimitaciones conceptuales que se harán más adelante (vid. II). Todo lo antes dicho con relación a los Municipios, se aplica de igual forma a los Distritos, para lo cual además hay que tener en cuenta los Instructivos números 20 y 21 de la Oficina Nacional de Presupuesto.

Pues bien, además de lo anterior, está también el régimen presupuestario del Distrito Metropolitano de Caracas. Sin embargo, antes que cualquier otra cosa, conviene hacer una precisión sobre su Ley especial: El artículo 18 de la Constitución dispone que “La ciudad de Caracas es la capital de la República” y que una ley especial establecerá su “unidad político-territorial... que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda”. Pues bien, lo que sucede es que la Ley Especial del Distrito Metropolitano de Caracas fue dictada por la Asamblea Nacional Constituyente, el 28 de febrero de 2000 en base a la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, la cual, a su vez, hace alusión a la ley especial del Distrito Capital. Ante esta divergencia, ya se ha apuntado que la Ley en cuestión no reglamenta el Distrito Capital, sino que establece la unidad integradora del sistema municipal en dos niveles denominada, en este caso, Distrito Metropolitano, teniéndose además en cuenta para esto el alcance conceptual de los artículos 171 y 172 de la Constitución⁵². En orden a esta situación, han acontecido dos casos: El primero es que la Ley del Distrito entera fue recurrida por supuesta inconstitucionalidad por Felipe Torres, recurso éste que para el 15 de marzo de 2002 se decretaría perimido por la Sala Constitucional. El segundo de los casos, se refirió en esencia a la Presidencia del Cabildo Metropolitano, la cual, de forma provisional le fue concedida al Alcalde Mayor, en decisión de la Sala Político Administrativa del 10 de agosto de 2000, caso *José Antonio González*.

Dicho esto, corresponde estudiar el articulado de la Ley en cuanto al presupuesto del Distrito Metropolitano de Caracas⁵³. De acuerdo con el artículo 63 de la Ley especial

52 RODRÍGUEZ, Armando, “Las nuevas bases constitucionales de la estructura político territorial en Venezuela”, *Revista de Derecho Administrativo* n° 10, Sherwood, Caracas, 2000, pp. 196 y ss.

53 Hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica de Administración Financiera se modificó el 31 de mayo de 2005 (*Gaceta Oficial* n° 38.198) en sus artículos 6.3, 11 y 63, en los cuales se menciona luego del Distrito Metro-

éste “se ajustará a las disposiciones de la Ley Especial sobre el Régimen Metropolitano de Caracas”. He aquí una remisión de norma absoluta y que por ende, pareciera prescindir del ajuste “en cuanto sea posible” al que se refiere el artículo 62, para los Estados, Distritos y Municipios. Pero no obstante tal presunción de prescindencia, la misma se desvirtúa ante la necesidad de observar los lineamientos de la Oficina Nacional de Presupuesto que se deriva del artículo 22 de la Ley especial según el cual los funcionarios de los sujetos a los que ésta se les aplica, están en la obligación de cumplir con las normas e instructivos técnicos que emanen de dicha Oficina.

Como quiera que sea, toca el análisis de las disposiciones de la Ley Especial sobre el Régimen Metropolitano⁵⁴: Ésta establece que el Alcalde Metropolitano, como primera autoridad civil, política y administrativa de ese Distrito, tiene que presentar al Cabildo Metropolitano el Proyecto de Presupuesto de Ingreso y Gasto para cada ejercicio fiscal, el cual se deberá considerarlo y pronunciarse sobre el mismo “en la oportunidad y forma prevista en la legislación aplicable” (artículos 8.4 y 12.6). Y al margen de esto, se establece que regirá para el Distrito Metropolitano, en cuanto sean aplicables, en el tiempo de su vigencia, las disposiciones de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (artículo 28).

Pero además de lo anterior, hay que tener en cuenta que la Ley del Distrito Metropolitano establece que su política presupuestaria -entre otras- estará orientada por la equidad y la armonización social, así como por “La prestación eficiente de los servicios en todos los sectores” (artículo 25). La sujeción a la eficiencia revela la actualidad conceptual, en materia presupuestaria, de esta norma citada. Ciertamente, la eficiencia, en cuanto cumplimiento de los fines propuestos en la mejor medida posible, posibilidad por demás determinada no por la política de turno, sino por los requerimientos ciudadanos de cada día, es un dato actual que, como luego se verá, está cobrando un auge de relevancia. No obstante esta actualidad conceptual, la Ley en cuestión no hace mayor referencia al régimen presupuestario del Distrito Metropolitano, razón por la cual se entiende que, en su justa medida, se aplicarán las disposiciones referentes a los municipios contenidas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y, las de la Ley de Administración Financiera que así puedan serlo.

Ya por último, como se podrá haber notado, se hizo sin rigurosidad alguna el análisis de las disposiciones presupuestarias referidas a los Estados. Sin embargo, dado que una estudio apropiado de las mismas trasciende nuestro objeto, téngase en cuenta, por un lado, que éstas están contenidas en las Leyes que sancione cada Estado al respecto, observando la Ley de Presupuesto, el marco plurianual y los Instructivos de la Oficina Nacional de Presupuesto, en especial el número 20, y que, por otro lado, en el estado actual de las cosas, ya ha sido sancionada la Ley Orgánica de Hacienda Pública Estatal, en

litano de Caracas, al Distrito Alto Apure, territorialmente constituido por los Municipios José Antonio PÁEZ y Rómulo GALLEGOS del Estado Apure, y creado por Ley Especial del 16 de noviembre de 2001 (*Gaceta Oficial* n° 37.326), a raíz de la disposición transitoria tercera.3 de la Constitución. Esta última Ley contiene varias disposiciones sobre el sistema presupuestario, como por ejemplo, la presentación del Alcalde Distrital del Proyecto de Ordenanza de Presupuesto al Cabildo Distrital (artículo 13.7), la consideración y aprobación de la Ordenanza de Presupuesto por dicho Cabildo (artículo 15.2), y la inserción en la Ley de Presupuesto de un “subsidio de regimen especial” a favor del Distrito (artículo 23.6).

54 *Gaceta Oficial* n° 36.906, 8 de marzo de 2000. Para una aproximación general sobre esta Ley, y el Distrito en sí, véase, FERNÁNDEZ, Lizett y MATA, Iliany, “Breves Comentarios sobre la Ley Especial del Distrito Metropolitano de Caracas”, *Revista de Derecho Administrativo* n° 8, Sherwood, Caracas, 2000, pp. 245-265, y, RACHADELL, Manuel, “¿Distrito Capital o Distrito Metropolitano?”, *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI*. *Estudios homenaje al Profesor Allan R. BREWER-CARÍAS*, t. III, Civitas, Madrid, 2003, pp. 3271 y ss.

concreto, el 11 de marzo de 2004 (la cual fue devuelta por el Ejecutivo) y que, en líneas generales, no contiene a nuestros efectos disposiciones para mayor consideración.

b.2 *Las sociedades mercantiles del Estado y demás entes descentralizados con fines empresariales.* Al margen de lo anterior, corresponde ahora analizar el régimen presupuestario de las sociedades mercantiles estatales y demás entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales. Pues bien, tales sociedades son aquellas en las cuales la República o cualquier persona de derecho público -incluidas otras sociedades- en el ámbito del artículo 7 de la Ley especial, tengan una participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. También se entiende como “sociedades mercantiles del Estado” a aquellas en las que el capital sea enteramente estatal y “cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional” (artículos 6, ord. 8 y 9, y 65 de la Ley especial).

Por su parte, se entiende que son entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales “aquellos cuya actividad principal es la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de esa actividad” (artículo 7.2 de la Ley especial). En este sentido, ya se ha dicho también que dentro de los sujetos a los que se refiere este artículo, podrían incluirse las empresas mixtas relativas a la actividades petroleras primarias⁵⁵. Y a su vez, a este ejemplo puede agregarse aquel otro del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico el cual “girará bajo la forma de sociedad anónima” y será “propiedad de la República”, de conformidad con el artículo 19 del Reglamento General de la Ley del Servicio Eléctrico⁵⁶.

Hecha estas precisiones, veamos cuál es el régimen de tales sujetos. En primer lugar, y he aquí la primera particularidad, “Los directorios o la máxima autoridad de los entes regidos por este Capítulo, aprobarán el proyecto de presupuesto anual de su gestión y lo remitirán, a través del correspondiente órgano de adscripción, a la Oficina Nacional de Presupuesto, antes del treinta de septiembre del año anterior al que regirá. Los proyectos de presupuesto expresarán las políticas generales contenidas en la ley del marco plurianual del presupuesto y los lineamientos específicos que, en materia presupuestaria, establezca el Ministro de Finanzas; contendrá los planes de acción, las autorizaciones gastos y su financiamiento, el presupuesto de caja y los recursos humanos a utilizar y permitirán establecer los resultados operativo, económico y financiero previstos para la gestión operativa” (artículo 66 de la Ley especial). Por su parte, según este mismo artículo, “El presupuesto de gastos operativos del Banco Central de Venezuela será sometido directamente a discusión y aprobación de la Asamblea Nacional”. Como quiera que sea, si los proyectos no se entregan antes de la fecha indicada, la Oficina Nacional de Presupuesto ex officio y teniendo en cuenta los presupuestos anteriores, elaborará los proyectos para someterlos luego a consideración del Ejecutivo Nacional (artículo 69 *eiusdem*).

Estos presupuestos deberán formularse (en principio por los sujetos societarios y demás entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales) utilizando el momento del devengado y de la causación de las transacciones respectivamente, como base contable, siendo que los mismos observarán, al propio tiempo, los lineamientos del plan de desarrollo económico y social de la Nación, así como aquellos del marco plurianual

55 ADRIÁN HERNÁNDEZ, Tomás, “El nuevo régimen legal de la participación de los particulares en las actividades primarias petroleras a través de empresas mixtas”, *Ensayos de Derecho Mercantil. Homenaje a Jorge Enrique NUÑEZ*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, pp. 57-61.

56 *Gaceta Oficial Extraordinario* n° 5.510, 14 de diciembre de 2000.

del presupuesto, sin perjuicio de incluirse en los presupuestos otras informaciones como las referidas para los entes descentralizados sin fines empresariales (artículos 67 de la Ley especial, y 7, 36, 118 y 120 del Reglamento N° 1). En este orden de ideas, la Oficina Nacional de Presupuesto verificará si los proyectos de los sujetos acá mencionados “enquadran en el marco de las políticas, planes y estrategias fijados para este tipo de instituciones”, y en el informe que a tal efecto hará, “propondrá los ajustes a practicar si, a su juicio, la aprobación del proyecto de presupuesto sin modificaciones puede causar un perjuicio patrimonial al Estado o atentar contra los resultados de las políticas y planes vigentes” (artículo 68 de la Ley especial).

Luego de esto, los proyectos presupuestarios acompañados de los informes arriba mencionados, serán sometidos a la aprobación del Presidente de la República en Consejo de Ministros, la cual deberá darse antes del treinta y uno de diciembre de cada año, con los ajustes “que considere convenientes”, sin perjuicio de la voz y el voto que sobre esto tengan quienes representen acciones y participaciones del Estado (artículos 69 y 70 de la Ley especial). Una vez aprobado el proyecto en cuestión, una síntesis de éste será publicado en la *Gaceta Oficial*. Pero en este punto, ante la dicotomía de los artículos 71 de la Ley especial y 121 del Reglamento número 1, surge la siguiente duda subjetiva: ¿Quién publicará dicha síntesis, el Ejecutivo Nacional o la Oficina Nacional de Presupuesto?. A nuestro juicio, visto todo el recorrido orgánico que hacen los proyectos, y visto que al final de éste se le llevan los mismos a manos del Ejecutivo Nacional, será éste el encargado de hacer la publicación, sin necesidad de que lo haga la Oficina de Presupuesto.

Dicho esto, toca ahora el análisis de la ejecución presupuestaria, para la cual, téngase en cuenta lo dicho con relación a ejecución presupuestaria los entes descentralizados sin fines empresariales cuya aplicación, en su justa medida, se hará de conformidad con el artículo 123 del Reglamento número 1 (*vid. supra* a.2.2) También hágase igual remisión en lo que se refiere a los registros de los ingresos y de los gastos, siempre en orden a evitar repeticiones inútiles (artículos 124, 125, 126, 127 y 128 *eiusdem*. *Vid. supra* a.1.2). Ante esta situación, restan analizar dos cuestiones: La primera tiene que ver con el traspaso presupuestario. Ciertamente, hay que tener en cuenta que el artículo 74 de la Ley especial prohíbe a los órganos o entes de la República así como a los entes descentralizados sin fines empresariales “realizar aportes o transferencias a sociedades del Estado y otros entes descentralizados con fines empresariales cuyo presupuesto no esté aprobado en los términos de esta Ley, ni haya sido publicado en la *Gaceta Oficial*”.

La segunda cuestión se refiere a la entrega de utilidades al Tesoro Nacional. Pues bien, “Las sociedades mercantiles y otros entes descentralizados con fines empresariales, con obligación de transferir utilidades al Ejecutivo Nacional, deben enterar al Tesoro Nacional a más tardar el 31 de enero del año en vigencia, las utilidades del ejercicio anterior, sin aplicación de deducciones por concepto alguno” (artículo 130 del Reglamento N° 1).

B. La evaluación presupuestaria:

Hasta ahora se han analizado la elaboración y la ejecución presupuestarias. Por tal razón, y visto que la liquidación se estudiará en lo atinente al principio de anualidad (*vid. infra* II.2), corresponde determinar sucintamente las formas esenciales de evaluación del presupuesto público, las cuales hemos dividido subjetivamente así: En primer lugar se verá el régimen básico de la Oficina Nacional de Presupuesto (a.) sin perjuicio

de lo ya dicho, o lo que sobre ésta se diga. Y en segundo lugar, entraremos a precisar la custodia fiscal del presupuesto (b.)

a. *La Oficina Nacional de Presupuesto*: Según el artículo 20 de la Ley de Administración Financiera, el órgano rector del sistema presupuestario es la Oficina Nacional de Presupuesto, la cual “estará bajo la responsabilidad y dirección de un Jefe de Oficina, de libre nombramiento y remoción del Ministro de Finanzas”. Y es que a tal efecto, el artículo 8.5 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central⁵⁷, dispone que en líneas generales es competencia del Ministerio de Finanzas, “El régimen presupuestario”. Y más concretamente hay que tener en cuenta que el enlace entre este Ministerio y la Oficina Nacional de Presupuesto es la Oficina de Planificación y Presupuesto, a la cual de conformidad con el artículo 9, ordinales 5 y 7 del Reglamento Orgánico del Ministerio de Finanzas⁵⁸, le corresponde “Presentar ante la Oficina Nacional de Presupuesto el Proyecto de Presupuesto de gastos del Ministerio para cada ejercicio fiscal”, y de igual forma, es de su competencia el “Coordinar y evaluar los proyectos de presupuestos de los entes descentralizados, adscritos al Despacho, para su tramitación y aprobación ante la Oficina Nacional de Presupuesto”.

Pero como quiera que sea, se sabe que esta Oficina se creó a tenor de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario, siendo su estructura original una consecuencia de aquella otra de la Dirección Nacional de Presupuesto, y a tal efecto, en febrero de 1981 se modificó para adecuarla a los esquemas globales sectoriales y regionales previstos en el Plan de la Nación. Luego de esto, en septiembre de 2001, se instituye como Oficina Nacional en sustitución aparentemente sólo nomenclatural de la Oficina Central de Presupuesto⁵⁹.

Pues bien, a tenor de los artículos 21 de la Ley de Administración Financiera y 75 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, esta Oficina como “dependencia especializada del Ministerio de Finanzas” es un sistema de apoyo de la Administración Pública Nacional que, por tal razón, tiene variadísimas competencias. Sin embargo, aquí sólo mencionaremos algunas de éstas. Por ejemplo, la Oficina de Presupuesto tiene que “preparar el proyecto de ley de presupuesto”, “realizará un análisis crítico de los resultados físicos y financieros obtenidos y de sus efectos” y “preparará anualmente el presupuesto consolidado del sector público”, entendiéndose por consolidación del presupuesto al “proceso que se cumple para eliminar las transacciones que llevan a cabo entre sí las unidades integrantes del Sector Público”⁶⁰. Todo esto de conformidad con los artículos 21.4, 36, 60 y 75 de la Ley de Administración Financiera, y 142 y 143 del Reglamento número 1.

La Oficina Nacional de Presupuesto actúa así como un filtro administrativo a través del cual se vierten las expectativas presupuestarias del Estado. Pero esta Oficina no sólo vertirá estas expectativas en el Proyecto de Ley de Presupuesto que se presente ante la Asamblea Nacional para su aprobación, sino que además está encargada de revisar casi incesantemente el desenvolvimiento de lo que ha vertido. Esto quiere decir que la Oficina de Presupuesto preparará el Proyecto de Ley de Presupuesto, y además revisará los resultados que la Administración y todos sus organismos hayan obtenido en el uso de las respectivas partidas presupuestarias, para luego hacer recomendaciones sobre la revisión

57 *Gaceta Oficial* n° 38.124, 10 de febrero de 2005.

58 *Gaceta Oficial* n° 38.086, 14 de diciembre de 2004.

59 Véase al respecto www.ocepre.gov.ve. En esta página se pueden consultar tanto las normas básicas de la administración financiera del sector público, así como los Instructivos de la Oficina. También en este orden de ideas, pero en un aspecto mayormente doctrinario, puede consultarse las páginas web de la Asociación Venezolana de Presupuesto Público (www.avpp.com.ve) y de la Asociación Internacional de Presupuesto Público (www.asip.org.ar).

60 Oficina Central de Presupuesto: Presupuesto Consolidado del Sector Público, Caracas, 1982, p. 8.

hecha, en orden a lo cual, además, pareciera ser la destinataria -como integrante del Poder Ejecutivo Nacional- del artículo 169 de la Ley especial en lo que se refiere a la resolución de “los casos dudosos o no previstos en las leyes fiscales”. E incluso, cabría agregar a lo antes dicho, que si la Administración o cualquiera de sus organismos no participa a la Oficina de Presupuesto de los resultados de la ejecución presupuestaria, tal renuencia “será causal de responsabilidad administrativa”, a tenor del artículo 164 de la Ley de Administración Financiera.

Así las cosas y en resumidas cuentas, se sabe entonces que esta Oficina es la encargada de velar por la elaboración presupuestaria (con todas las facultades y las obligaciones que ya se han descrito en forma dispersa), por lo que toca ahora precisar además cuáles otros son los controles que sobre el presupuesto se pueden ejercer, o lo que equivale decir en puridad de términos, el control fiscal.

b. *La custodia fiscal del presupuesto público*: En orden a lo anterior, hay que tener en cuenta que a pesar de que el control fiscal lo ejercen tanto las Contralorías Distritales, Municipales, Estadales o de la Fuerza Armada, así como las Unidades de Auditoría Interna, en este punto sólo nos referiremos brevemente, por un lado, al Tribunal de Cuentas, que en su momento existió en Venezuela, y, por otro lado, a la Contraloría General de la República.

b.1 *El Tribunal de Cuentas*: El Tribunal o Corte de Cuentas ha sido considerado como la longa *manus* del Poder Legislativo, a través de la cual éste ejerce el control político sobre el aparato gubernamental. Pues bien, hay que tener en cuenta que para 1830 este órgano ya existía en Venezuela, antes incluso que en algunos países de la Europa continental, como por ejemplo Italia, donde la Corte dei Conti se reguló por vez primera por Ley del 14 de agosto de 1862⁶¹.

Visto esto, y tal como se mencionó, al menos para el 14 de octubre de 1830, existía en Venezuela un Tribunal de Cuentas, que a su vez tenía -entre otras- la función de “Examinar las cuentas de la tesorería, administraciones de provincia y de aduanas”, a tenor del artículo 34.1 de la Ley de Organización y gobierno de las oficinas de hacienda⁶². Esta función que parece limitarse a cuestiones de tesorería, entendiéndose por éstas a la “custodia de fondos, percepción de ingresos y realización de pagos” (artículo 107 de la Ley de Administración Financiera) se amplió considerablemente en 1837.

Y es que para el 28 de mayo de 1837 el artículo 3.1 de la Ley de Organización de las oficinas superiores de hacienda y deberes y funciones de sus empleados, dispuso que es atribución del Tribunal de Cuentas “Recibir todas las cuentas del tesoro nacional, examinarlas, glosarlas, oír los descargos y sentenciarlas”⁶³. Sin embargo, desde 1856 hasta 1860, este Tribunal sustanciaría los juicios de cuenta, mientras que la Contaduría General tendría que “Llevar la cuenta general de los ingresos y gastos de la República”, todo esto a tenor del artículo 16.1 del Decreto del 17 de octubre de 1856. La vigencia de éste como se ve, duró hasta 1860, cuando por Ley del 06 de julio de ese año se facultó al Tribunal de Cuentas para “Examinar, sentenciar y fenecer todas las cuentas de la

61 CARINGELLA, Francesco, DELPINO, Luigi y DEL GIUDICE, Federico, *Diritto Amministrativo* XX, n° 3, Edizione aggiornata alla L. 16 gennaio 2003, Simone, Napoli, 2003, pp. 254-258. También en este sentido, pero con relación al Tribunal de Cuentas de la Comunidad Europea, se puede consultar: Commission européenne: *L'Europe et son budget: à quoi sert votre argent?*, Belgique, 2000, p. 19.

62 Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Leyes y Decretos de Venezuela 1830-1840*, t. 1, Caracas, 1982, p. 89.

63 Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *ob. cit.*, p. 389.

Hacienda Pública”⁶⁴ (artículo 3.1), siendo que el artículo 4.1 del Decreto del 19 de enero de 1865 así lo ratificaría⁶⁵.

No obstante esto, en 1873 se iniciaría la adjetivación y consecuente supresión de las competencias del Tribunal de Cuentas, cuando el Código de Hacienda de ese año le atribuía como máxima facultad la de sustanciar los juicios de cuenta de la Hacienda Nacional. Esto se repetiría hasta el Código de Hacienda del 13 de junio de 1912, con la Ley V⁶⁶. Para 1918 el Tribunal de Cuentas desaparecía y la Contaduría resurgía, a través de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional del 04 de junio de tal año.

b.2 *La Contraloría General de la República*: A tenor del artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁶⁷, la Contraloría “es un órgano del Poder Ciudadano, al que corresponde el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos”. Sin embargo, hay que tener en cuenta que si bien esta Ley es de 2001, pareciera que funcionalmente la Contraloría surge en Venezuela bajo la denominación de Contaduría General a inicios del siglo XIX, tal como se ha visto anteriormente, a pesar de que algunos sostengan que ésta haya sido creada en 1938 por la Ley Orgánica de Hacienda Nacional de ese año y como derivación del Programa de Febrero⁶⁸.

Y es que a tal efecto en el artículo 16.1 del Decreto del 17 de octubre de 1856 se dispuso que era competencia de la Contaduría General de Hacienda “Llevar la cuenta general de los ingresos y gastos de la República”⁶⁹, competencia ésta que anteriormente correspondía al Tesorero y al Contador de la Tesorería Nacional, de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Organización y gobierno de las oficinas de hacienda de 1830. No obstante esto, tal competencia de la Contaduría fue derogada por Ley del 06 de julio de 1860, hasta 1873. En este año, mediante la Ley XII del Código de Hacienda se estableció nuevamente la Contaduría General, a los efectos de la “centralización de los ingresos y egresos de todas las Oficinas nacionales y para el examen de sus cuentas”⁷⁰.

Esta intermitencia en las competencias de la Contraloría, y por ende de ésta en general, puede ser considerada como consecuencia de la transición independentista, al punto que se ha pensado que:

La alteración institucional que produjo el tránsito de un régimen a otro (del Estado absoluto al Estado liberal) se expresaba en el rechazo de las viejas instituciones contrarias a los postulados ideológicos de la libertad y de la igualdad entendidas en los nuevos términos que acuñara la Ilustración. Pero rechazo implicaba sustitución, y no se estaba preparado para sustituir. El antiguo

64 Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Leyes y Decretos de Venezuela 1851-1860*, t. 3, Caracas, 1982, p. 868.

65 Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Leyes y Decretos de Venezuela 1861-1870*, t. 4, Caracas, 1982, p. 391.

66 Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Leyes y Decretos de Venezuela 1912*, t. 35, Caracas, 1993, pp. 92-98.

67 *Gaceta Oficial* n° 37.437, 17 de diciembre de 2001. Véase al respecto www.cgr.gov.ve

68 CHIOSSONE, Tulio, *Omnia. Estudios sociales, histórico-políticos y jurídicos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1983, p. 189. También puede consultarse sobre los aspectos generales del control fiscal, así como de la Contraloría en general a HERNÁNDEZ, José Ignacio, “La Contraloría General de la República y los principios del régimen de control fiscal en Venezuela”, y, CORREA DE BAUMEISTER, María Alejandra: “El sistema de control fiscal en la nueva Ley Orgánica General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal”, *Leyes Orgánicas del Poder Ciudadano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005.

69 Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Leyes y Decretos de Venezuela. 1851-1860*, t. 3, Caracas, 1982, pp. 420-423.

70 Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Leyes y Decretos de Venezuela. 1870-1873*, t. 5, Caracas, 1983, p. 610.

régimen podía así, seguir vivo en muchas manifestaciones, pero con todo, insustituible, no perduraron las prácticas. Y fue lo que ocurrió con la función contralora⁷¹.

Además de esto, hay que tener en cuenta que todo lo dicho es consecuencia de la vida política de Venezuela a inicios del siglo XIX y que tuvo lugar durante más de una centuria iniciada precisamente en 1830. Y es que “Desde el mismo momento en que se estableció la República con la Constitución de 1830 -un hermoso intento de consolidación política que va a estrellarse contra el 24 de enero de 1848: personalismo y anarquía social-, la realidad histórica se caracteriza por el desacomodo popular”, siendo entonces que “Venezuela va a vivir un clima de guerra y cuando ese clima falte será sustituido por la dictadura”⁷².

Se dice que la función contralora fue influenciada en sus orígenes por las reminiscencias absolutistas, pero que fue perfeccionada por la abatida vida política nacional. Y es que si se observa que para 1830, 1864 y 1870 la mayor cantidad de egresos eran hechos para fines militares, en especial, por el Departamento de Guerra y Marina⁷³, no hay duda que vista la considerable cantidad de gastos hechos por tal razón, se buscó mejorar el control de los mismos para que éstos se utilizaren correctamente.

A pesar de estos orígenes históricos, hay que tener en cuenta que es altísima la relevancia de la Contraloría en el correcto desarrollo de la actividad de la Administración⁷⁴, en el entendido de que ella ahora es considerada como “el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos” (artículo 287 de la Constitución). Y para ese control, la Contraloría tiene múltiples atribuciones pero -sin dejar de lado la importancia de todas éstas- sólo consideraremos la relativa a la consecuencia directa del control fiscal, cual es el procedimiento administrativo sancionador y la responsabilidad administrativa⁷⁵ del caso.

A tal efecto, la jurisprudencia nacional ha reconocido desde decisión de la Sala Político Administrativa del 06 de agosto de 1987, caso *María Elena Lara*, que ese órgano contralor “tiene jurisdicción para sustanciar y decidir acerca de la responsabilidad administrativa en que pudiere haber incurrido un funcionario público” que tenga a su cargo o intervenga “en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos” haya incurrido “en actos, hechos u omisiones contrarios a alguna disposición legal o reglamentaria”. Sin embargo, la Contraloría “en lo que respecta a la responsabilidad penal o civil, su facultad se limita a la sustanciación de la averiguación; y si de ella aparecen indicios de este tipo de responsabilidad, las actuaciones deberán pasar al Fiscal General de la República para que éste ejerza las acciones civiles o penales que sean per-

71 SORIANO DE GARCÍA-PELAYO, Graciela, “La función contralora del Estado como expresión de la vigencia de lo público” en *Contraloría y Gobierno. Una relación difícil*, Contraloría General de la República, Caracas, 1997, pp. 66-67.

72 MORÓN, Guillermo, “La Nacionalidad”, *Historia de Venezuela*, t. V., Británica, Caracas, 1987, p. 229.

73 TEJERA, Miguel, *Venezuela Pintoresca e Ilustrada*, t. I, Centauro, Caracas, 1986, pp. 343-345. La edición original fue publicada en París en 1875, por la Librería Española de E. DENNÉ SCHMITZ.

74 ÁLVAREZ BERNÉE, Freddy, “Control de la Administración Pública y responsabilidad de los Órganos de Control”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* n° 68, Caracas, 1977, pp. 221-227.

75 BREWER-CARÍAS, Allan, “La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos”, *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, HARO, José Vicente, “La Ley contra la Corrupción. Marco constitucional, principios fundamentales, sanciones administrativas y responsabilidad administrativa”, *Comentarios a la Ley contra la Corrupción*, Vadell Hermanos, Caracas, 2003, pp. 9-89, y, RACHADELL, Manuel, “Naturaleza y efectos de la declaratoria de responsabilidad administrativa”, *Libro Homenaje al Profesor Antonio MOLES CAUBET*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

tinentes”. En este sentido ya se pronunciaba el artículo 27 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, y ahora así se pronuncian los artículos 162 de la Ley de Administración Financiera, 91 y 92 de la Ley de la Contraloría General, y 43 y 44 de la Ley contra la Corrupción.

De todas formas, hay que tener en cuenta que según el artículo 159 de la Ley de Administración Financiera “Los encargados de la administración financiera del sector público, independientemente de las responsabilidades penales, administrativas o disciplinarias en que incurran, estarán obligados a indemnizar al Estado de todos los daños y perjuicios que se causen por infracción de esta Ley y por abuso, falta, dolo, negligencia, impericia o imprudencia en el desempeño de sus funciones”. Pues bien, esta obligación de indemnizar al Estado es muy parecida a la acción de regreso que éste tiene para con los funcionarios cuando se han cometido faltas personales separables, pero con alguna conexión con el servicio, sea ésta circunstancial (precisar si la falta se cometió durante el servicio), instrumental (saber si el funcionario usó medios de la Administración para cometer la falta) o teleológica (determinar si la actuación fue con fines de la Administración o personales del agente)⁷⁶. Y finalmente, al margen de la anterior consideración, hay que tener en cuenta que la Sala Política Administrativa en decisión del 07 de marzo de 2001, caso *Elsa Ramírez*, dispuso que “los actos y las operaciones de la Administración para efectuar gastos, están regulados de una manera minuciosa en las leyes financieras, estableciéndose un cúmulo de responsabilidades para los funcionarios que infrinjan las normas dictadas a tales fines, todo ello para garantizar la legalidad y honestidad en el manejo de los fondos públicos”.

III. LOS PRINCIPIOS PRESUPUESTARIOS BÁSICOS EN LA LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO

Siendo el presupuesto el conjunto total de ingresos y gastos de la Administración Pública para la satisfacción del interés general, permitiendo “El ejercicio de la discusión democrática y evaluadora sobre la administración”⁷⁷, hay que tener en cuenta que tal presupuesto tiene correspondencia con la distribución vertical del Poder Público, existiendo así el presupuesto nacional y los presupuestos estatales y municipales. Y es en ese sentido que tienen lugar varios principios rectores del presupuesto en toda esa distribución hacendaria que según algunos es una innovación de la Constitución de 1961⁷⁸ y que, en nuestro criterio, podrían dividirse según el momento en el ciclo presupuestario en el cual se apliquen. No obstante esto, y sin entrar en la diatriba filosófica sobre la no-

76 ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis, “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos”, Sherwood, Caracas, 2002, pp. 29 y 92-99.

77 TINOCO RICHTER, César, *Teoría de la Administración y del Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970, p. 366.

78 BREWER-CARÍAS, Allan, “La Hacienda Pública Venezolana. Bases Constitucionales para su Estudio”, *Revista del Ministerio de Justicia* n° 49, Caracas, 1964, pp. 63-124, e, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. II. *El régimen del Poder Público y su distribución vertical: El Poder Nacional y el Régimen Federal y Municipal*, Editorial Jurídica Venezolana - Universidad Católica del Táchira, Caracas - San Cristóbal, 1996, pp. 29-83.

ción de principio⁷⁹, consideramos que los principios presupuestarios son “aquellas reglas o criterios básicos que tienen como finalidad disciplinar la institución presupuestaria”⁸⁰.

Pues bien, al margen de lo anterior, hay que tener en cuenta que existen al menos en derecho comparado normas que sintetizan los principios presupuestarios, como es el caso del artículo 6 de la Ley de Administración Financiera de Paraguay, el cual indica que “El Presupuesto General de la Nación se administrará con sujeción a los principios de universalidad, legalidad, unidad, anualidad y equilibrio” y de seguidas, dicha norma pasa a definir cada uno de éstos. Pero no obstante esto, acá no se seguirá la división de los principios hecha en orden a los momentos del ciclo presupuestario, sino que, visto que varios de éstos -o al menos su mayoría- tienen que aplicarse en todo el ciclo, consideramos conveniente analizar cada uno de éstos de forma autónoma y por ende, sin sujeción alguna a una clasificación preliminar. Por tal razón, el enunciado siguiente de los principios presupuestarios es convencionalmente metodológico y se reduce, a aquellos que hemos considerado básicos.

1. Equilibrio. Su redefinición “eficiente” y “razonada”

En 1934 Gastón Doumergue dijo en una alocución radial que “el ama de casa que va al mercado no puede gastar más de lo que tiene en el bolsillo. El Estado está exactamente en la misma situación: no puede gastar más de lo que recibe”⁸¹. Esto quiere decir que el Estado tiene que equilibrar lo que gasta con lo que recibe para obtener así un equilibrio presupuestario, siendo que si éste es desbordado por dichos gastos se considerará como deficitario, teniéndose en cuenta que se ha dicho que tal despilfarro administrativo en sí es consecuencia “de la burocratización entendida como ineficiencia”⁸².

A tal efecto, los artículos 311 de la Constitución y 16 de la Ley de Administración Financiera disponen que la gestión fiscal “estará regida y será ejecutada con base en principios de eficacia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal”, y que a su vez “los presupuestos públicos deben mostrar equilibrio entre el total de las cantidades autorizadas para gastos y aplicaciones financieras y el total de las cantidades estimadas como ingresos y fuentes financieras”. De igual manera se pronuncian los artículos 16 del Reglamento número 1 de la Ley especial, 27 de la Ley Orgánica de Administración Financiera de El Salvador y 20 de la Ley de Administración Financiera de Paraguay, entre tantos otros.

Este equilibrio financiero tiene lugar en la preparación presupuestaria debido a que en él se reflejan los gastos autorizados y los ingresos estimados, y por tanto no necesariamente obtenidos. Hay que tener en cuenta de igual forma que el equilibrio es consecuencia de la paridad que debe existir entre los ingresos y los gastos, lo cual además puede influir en la política monetaria del país. Y es que si bien un “presupuesto equilibrado no cambia la base monetaria”, se sabe que “el incremento en los gastos del gobierno sí aumenta el ingreso nacional, haciendo que el público desee mantener más dinero por moti-

79 V., por todos a DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, London, 1978. Hay También una versión en castellano traducida por GUSTAVINO, Marta, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.

80 GARCÍA NOVOA, César, “Principios presupuestarios”, *Manual de Derecho Presupuestario*, Comares, Granada, 2001, p. 51.

81 DUVERGER, Maurice, *Hacienda Pública, ob.cit.*, p. 192.

82 BREWER-CARÍAS, Allan, *El Estado. Crisis y Reforma*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1982, p. 194.

vos de transacción y precaución”⁸³. En resumen a lo dicho, pareciera entonces que el presupuesto tendrá que ser materialmente equilibrado. Sin embargo, en la actualidad esto no necesariamente es así.

El equilibrio real quiere decir en el estado actual de las cosas, eficiencia en los recursos. A tal efecto, hay que tener en cuenta que el artículo 18 de la Ley especial establece que “Las autoridades correspondientes designarán a los funcionarios encargados de las metas y objetivos presupuestarios, quienes participarán en su formulación y responderán del cumplimiento de los mismos y la utilización eficiente de los recursos asignados”.

De forma similar, dispone el artículo 21 de la Ley de la Administración Pública que “Las formas organizativas que adopte la Administración Pública serán suficientes para el cumplimiento de sus metas y objetivos y propenderán a la utilización racional de los recursos del Estado”. Con esto se quiere decir que en cuanto a la formulación y a la ejecución el presupuesto debe procurarse cierta eficiencia o razonabilidad en la teleología del mismo, o si se quiere, en el principio de especialidad que más adelante veremos.

En tales términos, el equilibrio tiene que ser eficiente, cualidad ésta que requiere la obtención efectiva de los fines previstos. Pero no obstante esto, visto que tal cosa “es algo que no se puede garantizar, el contenido del principio de eficiencia simplemente exige la utilización correcta e idónea de los medios, en el sentido objetivamente más eficaz para conseguir los fines que se proponen”⁸⁴. Parece así que la eficiencia evoca a la razonabilidad: El equilibrio debe ser eficiente, y así será en tanto sea razonable.

En este punto hay que hacer entonces las precisiones del caso La razonabilidad es la adecuación propiamente “racional” entre los medios utilizados y la obtención de los objetivos propuestos. Y de forma más concreta, tal característica requiere que la medida del caso tenga un fin (adecuación), que dicha medida sea la que menos afecte derechos (necesidad) y que, en definitiva, la medida guarde una relación razonable con el fin (proporcionalidad *strictu sensu*)⁸⁵. La eficiencia, por su parte, se refiere al uso racionalmente concretado del presupuesto público. En otras palabras, con esto se quiere decir que la eficiencia es la efectiva prestación de los servicios, o del cumplimiento de las actividades estatales que, precisamente, serán efectivas en tanto y en cuanto sean razonables en su propia realidad. Es en este sentido que se utiliza la expresión equilibrio eficiente o equilibrio razonable.

Pero como quiera que sea, existen algunas normas que diferencian la eficiencia del equilibrio. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 80 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento. Dicha norma establece que el régimen financiero de tales servicios está basado, entre otros, en los principios de “Eficiencia económica, que impida el traslado de ineficiencias a los suscriptores y promueva un uso eficiente de los recursos necesarios para la prestación de los servicios” (literal a.) y de “equilibrio económico, que posibilite la recuperación del total de los costos de operación, mantenimiento, reposición y expansión, así como la obtención de una rentabilidad justa y razonable” (literal b.). Aún cuando este segundo principio pretenda una relación de paridad en los contratos administrativos, en beneficio del concesionario del ser-

83 MILLER, Roger LeRoy y PULSINELLI, Robert, *Moneda y Banca*, McGrawHill, Colombia, 1993, p. 522. Traducción de *Modern Money and Banking*, McGrawHill.

84 GARCÍA NOVOA, César, “El gasto público. Principios constitucionales en material de gasto público”, *Manual de Derecho Presupuestario*, *ob.cit.*, p. 10.

85 CINCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Universidad Austral, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pp. 62, 79 y 93.

vicio público⁸⁶, interesa que se tenga en cuenta que, en estos casos, si es posible hablar de un equilibrio económico dado que tiene un significado distinto que aquel utilizado en derecho presupuestario. No obstante, al margen de tal consideración, si puede aplicarse a este último el primero de los principios.

En la norma mencionada, ciertamente, se establece un “uso eficiente de los recursos necesarios”, y a su vez, esta eficiencia está concebida en la forma arriba expuesta. Esto quiere decir que antes que cualquier cosa, interesa que se cumpla eficazmente con el cometido básico: a prestación del servicio. Sin embargo, en la Constitución se encuentran algunas reminiscencias sobre el punto que acá se discute.

En su artículo 320 se dispone que el Banco Central de Venezuela “no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias”. Ahora bien, siendo que la eficiencia es el primer principio que establece la Constitución en su artículo 311, cabe presumir que con el déficit al que se hace referencia, más allá, pero sin exclusión de la compensación numérica entre los ingresos y los egresos, se quiere significar un déficit prestacional en la actividad estatal del caso. Pero como quiera que sea, la cuestión queda así planteada.

Pues bien, de manera similar al equilibrio aquí analizado, el presupuesto tendrá que ser temporalmente anual, tal como se verá de seguidas. Sin embargo, antes de realizar esta aproximación, haremos una breve precisión sobre la posibilidad de modificar el presupuesto y sobre los efectos colaterales de esto en el equilibrio del mismo, todo a tenor de los artículos 52 y 53 de la Ley de Administración Financiera y 87 al 92 de su Reglamento número 1. En efecto, bien se sabe que el presupuesto puede estar sujeto a modificaciones, que, en principio están reservadas a la Asamblea Nacional en lo que se refiere al presupuesto de gastos. En la modificación de éstos se tramitarán los créditos adicionales, pero no se podrá hacer tal trámite si la modificación de los gastos es perjudicial para los gastos del servicio de la deuda pública. Por su parte, hay que tener en cuenta que dentro del presupuesto de gastos de la República ha de incorporarse un crédito (Rectificaciones al Presupuesto) que no sea inferior al 0,5 % ni mayor al 1 % de los ingresos ordinarios de tal presupuesto, a los efectos de “atender gastos imprevistos que se presenten en el transcurso del ejercicio o para aumentar los créditos presupuestarios que resultaren insuficientes, previa autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros”.

2. Anualidad. Desde el siglo XVII hasta nuestros días

Si se quiere, la anualidad es una forma de que el control legislativo sobre el presupuesto sea temporalmente más riguroso. Tanto así, que para algunos “La anualidad de los presupuestos asegura la participación permanente de los representantes en las definiciones del gasto público”⁸⁷. Pero hay que tener en cuenta que no siempre la anualidad ha estado presente en los presupuestos de los Estados.

Y es que ya sobre esto se ha dicho que “el concepto de presupuesto apareció cuando los Parlamentos exigieron una relación anual con las previsiones de gastos, antes de autorizar la percepción de impuestos durante el año. Ciertamente en los principios hubo ciertas vacilaciones ya que, habiendo consentido el Parlamento inglés los impuestos para

86 ARAUJO JUÁREZ, José, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, Vadell Hermanos, Caracas-Valencia, 2003, pp. 218 y ss.

87 GUTIÉRREZ, Gerónimo y LUJAMBIO, Alonso, “El proceso presupuestario y las relaciones entre los órganos del poder”, *ob. cit.*, p. 32.

dos o tres años, se habría podido llegar a presupuestos bienales o trienales. Pero desde finales del siglo XVII se estableció la anualidad en Inglaterra. Cuando la utilización del presupuesto fue introducida en las otras naciones la anualidad se fue imponiendo por el simultáneo desarrollo de la utilización de presupuestos anuales en los grandes negocios privados. De esta forma la anualidad presupuestaria acabó por ser considerada como normal⁸⁸, aún cuando existieron algunas renuencias históricas, como es el caso de Otto Bismarck quien en 1887 ordenó la disolución del Parlamento porque éste le negó la autorización de un presupuesto para siete años seguidos.

En este sentido, los artículos 313 de la Constitución, y 8 y 56 de la Ley de Administración Financiera contemplan el principio aquí analizado, siendo que por un lado, el artículo 313 dispone que la “administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley”, y por otro lado, que el artículo 8 establece que a “los fines previstos en esta Ley, el ejercicio económico financiero comenzará el primero de enero y terminará el treinta y uno de diciembre de cada año”. El artículo 6 del Reglamento Financiero aplicable al Presupuesto General de las Comunidades Europeas establece algo similar a lo anterior.

Así las cosas, todo presupuesto tiene que ser aprobado por la Asamblea Nacional para períodos anuales, para evitar así posibles abusos administrativos. Y en este orden de ideas, también se ha considerado que el carácter anual de la Ley de Presupuesto no obsta a que esta Ley se recurra en nulidad luego del ejercicio presupuestario al que ésta corresponde (por ejemplo que la Ley de Presupuesto de 2004 se recurra durante el 2005) en el entendido de que las disposiciones impugnadas “producen efectos jurídicos -aun cuando esté vigente una nueva ley de presupuesto- en la esfera subjetiva de personas”. Así lo reconoce la jurisprudencia nacional, en decisión de la Sala Constitucional del 08 de abril de 2003, caso *Gobernador del Estado Amazonas*, después de haberlo rechazado unos años antes, como es el caso del fallo del 30 de octubre de 2001, de esa misma Sala, caso *Ley que Crea el Instituto de Beneficencia Pública y Bienestar Social del Estado Táchira*.

También en este sentido cabría preguntarse sobre la posibilidad del Poder Legislativo o algún legislador en particular, para impugnar la Ley de Presupuesto del ejercicio pasado, o del vigente. Sobre esto ya se ha pronunciado la jurisprudencia de Estados Unidos de Norteamérica (a favor y en contra) así como aquella de Argentina, aún cuando de forma mayormente discreta⁸⁹.

A lo anterior habría que agregar otra pregunta: ¿Puede aplicarse en estos casos la teoría de los actos propios⁹⁰? Como bien se sabe, según ésta no es posible contrariar conductas que, con anterioridad, la propia persona haya desarrollado, como por ejemplo, que un legislador vote favorablemente a la aprobación de la Ley de Presupuesto, y luego

88 DUVERGER, Maurice, *Hacienda Pública, ob. cit.*, p. 204.

89 BIANCHI, Alberto, “¿Pueden los tribunales federales intervenir en conflictos de poderes?”, *La Ley* 1998-D, Buenos Aires, pp. 1245-1253.

90 ALSINA ATIENZA, Dalmiro, “El sometimiento voluntario a un régimen jurídico y la impugnación de inconstitucionalidad” en *El Derecho*, t. 119, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1986, pp. 819 y ss., BIANCHI, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, t. 2, Ábaco, Fundación de Derecho Constitucional José Manuel de ESTRADA, Buenos Aires, 2002, pp. 35 y ss., BIDART CAMPOS, Germán, “El “voluntario” sometimiento a un régimen jurídico” en *El Derecho*, t. 78, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1978, pp. 248 y ss., y MAIRAL, Héctor, *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1988.

quiera impugnarla en sede judicial. Pues bien, esta teoría que ha sido bastante trabajada en la jurisprudencia argentina desde al menos 1927, a raíz del caso *Gath & Chaves*⁹¹, consiste en que “Nadie puede oponerse en contradicción con sus propios actos y ejerciendo una conducta incompatible, con una anterior conducta, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz” (1976, Krebs)⁹². Sin embargo, esta tesis no ha de aplicarse rigurosamente, dado que, cada situación concreta, es cambiante. En efecto, desde hace muchísimo tiempo se ha sostenido que la realidad es “una incesante fluidez y transformación de las cosas”⁹³, por lo que puede decirse que esta cuestión, en definitiva, dependerá del agravio particular que alguna disposición de dicha Ley pueda causar a los legisladores, dado que, de no requerirse ese agravio, se reconocería que el control parlamentario, naturalmente *ex ante*, es un control contrario a la propia anualidad presupuestaria, y, por consiguiente, se crearía un conflicto de poderes⁹⁴.

A su vez, hay que tener en cuenta que si bien la anualidad se refiere básicamente a la ejecución del presupuesto, en ésta podemos encontrar principios subsidiarios que son consecuencia de situaciones irregulares con respecto de esa anualidad, como por ejemplo, la sucesividad del presupuesto para con proyectos de considerable envergadura o el gasto excedente. Y es que a pesar de que éstos se consideren como principios autónomos, es conveniente que se analicen como principios derivados de la anualidad, tal como acá se hace.

A. Ejecución de proyectos:

Como se vio, los proyectos -en lo que a su presupuesto se refiere- se estiman anualmente. No obstante esto, en ocasiones tal anualidad presupuestaria no implica una anualidad en la ejecución del proyecto mismo, pues de lo contrario toda actividad del Estado o dada por él en concesión tiene que ser al igual que el presupuesto, ejecutada anualmente. Véase por ejemplo el siguiente escenario: Para el 2003 se fijó una partida presupuestaria al Ministerio de Infraestructura para el mantenimiento de las vías de comunicación de la Región Centro-Occidental del país, la cual fue aprobada en la respectiva Ley de Presupuesto. Sin embargo, tal mantenimiento si bien ya se ha iniciado para febrero de 2003, no se realizó completamente para diciembre de ese año.

Ante tal supuesto, hay que tener en cuenta que artículo 19 de la Ley especial establece que “Cuando en los presupuestos se incluyan créditos para obras, bienes o servicios cuya ejecución exceda del ejercicio presupuestario, se incluirá también la información correspondiente a su monto total, el cronograma de ejecución, los recursos erogados en ejercicios precedentes, los que se erogarán en el futuro y la respectiva autorización para gastar en el ejercicio presupuestario correspondiente. Si el financiamiento tuviere diferentes orígenes se señalará además, si se trata de ingresos corrientes, de capital o de fuentes financieras. Las informaciones a que se refiere este artículo se desagregarán en el proyecto de ley de presupuesto y se evaluará su impacto en el marco plurianual del presu-

91 Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 149, pp. 137 y ss.

92 Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 294, pp. 220 y ss.

93 Esta concepción data del siglo VI a.C., y es de Heráclito de EFESO, también conocido como Heráclito “El Oscuro”. Para algunos datos biográficos de este filósofo, así como de su forma de pensar, véase a DE CRESCENZO, Luciano, *Storia della filosofia greca. I presocratici*, Mondadori, Milano, 1998, pp. 81-91.

94 SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La Corte Suprema y los conflictos de poderes”, *Función política de la Corte Suprema. Obra en homenaje a Julio OYHANARTE*, Universidad Austral, Ábaco, Buenos Aires, 2000, pp. 57-74.

puesto”. De igual forma lo establece el artículo 34 de la Ley Orgánica de Administración Financiera de El Salvador.

En este sentido, la ejecución de proyectos que trascienda de la anualidad no es sorprendente, debido a que ésta tiene que reflejarse en un cronograma, y todas las informaciones referentes a los ingresos serán desagregadas en el Proyecto de Ley de Presupuesto. Y por consiguiente a esto, se respetará la anualidad presupuestaria por más que la obra o servicio tenga una continuidad temporal mayor a un año.

B. Reconducción y sucesividad

Hemos visto que la anualidad es un temporizador que puede observar ciertas anomalías, como por ejemplo, cuando hay créditos cuya ejecución trasciende de un año. Sin embargo, esta no es la única desviación posible de la anualidad como principio presupuestario. A tal efecto, hay que tener en cuenta que es posible que los proyectos presupuestarios no sean aprobados por cuestiones sustanciales o temporales, o que bien durante un año se hayan generado ingresos o gastos que se cancelan al año siguiente, por lo que la anualidad se desviraría al menos en apariencia.

Ante estos escenarios, la Ley especial establece las soluciones. Para el primero de ellos se dispone que si por cualquier causa el Ejecutivo no hubiese presentado a la Asamblea Nacional, dentro del plazo correspondiente, el proyecto de ley de presupuesto, o si éste fuere rechazado o no aprobado por la Asamblea antes del quince de diciembre de cada año, el presupuesto vigente se reconducirá con los ajustes a cargo del Ejecutivo Nacional, que a continuación se enuncian: En el presupuesto de ingreso, se eliminarán los ramos que no pueden recaudarse de nuevo y, por su parte, estimará cada uno de los ramos para el ejercicio en curso; en el presupuesto de gasto, se eliminarán los créditos presupuestarios que no deben repetirse, por haberse cumplido sus objetivos, pero se incluirán la asignación por situado constitucional y aquellos créditos indispensables para el pago de la deuda pública, y, finalmente; en las operaciones de financiamiento se borrarán los recursos de crédito público en cuanto fueron utilizados, se excluirán los excedentes de ejercicios anteriores si se hubiere previsto su uso, se incluirán los recursos provenientes de operaciones de crédito público a percibirse en el ejercicio en cuestión, y se agregarán las aplicaciones financieras esenciales para la amortización de la deuda pública (artículo 39). De todas formas, en estos casos, el Ejecutivo Nacional publicará el decreto de reconducción en *Gaceta Oficial* (cuya vigencia definitiva está determinada a si la Asamblea sanciona la Ley de Presupuesto antes del primero de abril del año en cuestión), y, a su vez, en el período de reconducción, se aplicarán, en cuanto así pueda hacerse, las disposiciones generales de la Ley de Presupuesto del ejercicio anterior (artículos 40, 41 y 42 *eiusdem*).

Hecha esta precisión, toca referirse a la respuesta normativa para el segundo de los escenarios planteados. Pues bien, los artículos 56 y 57 de la Ley de Administración Financiera establecen lo siguiente:

Artículo 56. Las cuentas de los presupuestos de ingresos y gastos se cerrarán al 31 de diciembre cada año. Después de esa fecha, los ingresos que se recauden se considerarán parte del presupuesto vigente, con independencia de la fecha en que se hubiere originado la obligación de pago o liquidación de los mismos. Con posterioridad al treinta y uno de diciembre de cada año, no podrán asumirse compromisos ni causarse gastos con cargo al ejercicio que se cierra en esa fecha.

Artículo 57. Los gastos causados y no pagados al treinta y uno de diciembre de cada año se pagarán durante el año siguiente, con cargo a las disponibilidades en caja y banco existentes a la fecha señalada.

Los gastos comprometidos y no causados al treinta y uno de diciembre de cada año se imputarán automáticamente al ejercicio siguiente, afectando los mismos a los créditos disponibles para ese ejercicio.

Como quedó dicho, el hecho de que se haya causado un ingreso o un gasto para determinado ejercicio presupuestario no necesariamente significa que éste se cancelará durante tal ejercicio. Y ante tal realidad, para procurar que la anualidad del presupuesto se mantenga, se crea una sucesividad alrededor de tales ingresos o gastos aún no cancelados para que -vista la imposibilidad temporal de cancelarlos para el año respectivo después de pasado el 31 de diciembre- se inserten en el ejercicio siguiente. En igual manera, “no podrán asumirse compromisos ni causarse gastos” con cargo al ejercicio que ya se ha cerrado, en el sentido que la anualidad permanezca íntegra retroactivamente, tal como se procura conservarla a futuro. De todas formas, tanto las ejecuciones de proyectos que trasciendan de un año como el caso que aquí se analiza, pueden ser consideradas como anomalías a la anualidad, pero sólo en principio, debido a que ante tales supuestos tienen lugar principios si se quiere insertos en aquellos de la anualidad, que buscan que ésta no se desconozca, ni hacia el pasado, ni hacia el futuro.

3. Unidad y no afectación específica. La omnicompreensión presupuestaria y el (a veces no) necesario “paso” por el Tesoro

Hasta ahora hemos dicho que el presupuesto tiene que ser equilibrado y anual. Sin embargo, hay que saber que éste también debe ser omnicompreensivo, en el sentido de reflejar la totalidad de ingresos y la totalidad de egresos, tratando siempre -insistimos- que ese reflejo sea equilibrado. En tal entendido, el artículo 12 de la Ley de Administración Financiera establece que “Los presupuestos públicos comprenderán todos los ingresos y todos los gastos, así como las operaciones de financiamiento sin compensaciones entre sí, para el correspondiente ejercicio económico financiero”. En igual sentido se deduce del artículo 4 del Reglamento Financiero aplicable al Presupuesto General de las Comunidades Europeas.

Se ve entonces que el presupuesto es un acto en el cual se deben encontrar todos los ingresos y todos los egresos estimados para el ejercicio correspondiente, lo cual equivale a evidenciar la entrada y salida dineraria del Estado en toda su magnitud. Por tal razón, no se permite que en el presupuesto se compensen algunos gastos con determinados ingresos y menos aún, que éstos se afecten específicamente. A tal efecto, esta no afectación específica -que antes se encontraba en el artículo 15 de la Ley de Régimen Presupuestario- se encuentra en el artículo 34 de la Ley de Administración Financiera, según el cual “No se podrá destinar específicamente el producto de ningún ramo de ingreso con el fin de atender el pago de determinados gastos, ni predeterminarse asignaciones presupuestarias para atender gastos de entes o funciones estatales específicas, salvo las afectaciones constitucionales”, como es el caso del situado constitucional, a tenor de los artículos 167.4 de la Constitución y 13 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público.

No obstante -continúa el artículo citado- y sin que ello constituya la posibilidad de realizar gastos extrapresupuestarios, podrán ser afectados para fines específicos los siguientes ingresos: 1.

Los provenientes de donaciones, herencias o legados a favor de la República o sus entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, con destino específico; 2. Los recursos provenientes de operaciones de crédito público; 3. Los que resulten de la gestión de los servicios autónomos sin personalidad jurídica; 4. El producto de las contribuciones especiales.

La no afectación específica impide que tenga lugar una compensación apriorística dentro del presupuesto, para que éste conserve así su unidad. En otras palabras, los ingresos no “entran” en el Tesoro Nacional, considerándola algunos así como atentatoria “contra la economía de la producción del servicio” dado que crea una “financiación rígida”⁹⁵. Pero sin embargo, al margen de esto, se destaca que existen supuestos especiales y -a nuestro juicio- taxativos en los que sí se pueden afectar ingresos determinados. Tal es el caso, además del situado constitucional ya mencionado, del artículo 311 de la Constitución, según el cual “El ingreso que se genere por la explotación de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, propenderá a financiar la inversión real productiva, la salud y la educación”. Por supuesto que “la recomendación constitucional no siempre es atendida”⁹⁶, en el entendido de que al menos la salud y la educación no reflejan ni en general ni en particular, una propensión de ser financiados por los ingresos derivados de hidrocarburos.

Pero como quiera que sea, hay que tener en cuenta la unidad del presupuesto y su consecuente no afectación, tienen que complementarse con la especialización o especificidad del mismo, tal como se verá de inmediato.

4. Especialización o especificidad (cualitativa y cuantitativa). Las limitaciones subjetivas y objetivas del presupuesto, y su deslimitada realidad

Ya para 1858 el artículo 152 de la Constitución de ese año disponía que “No se extraerá del Tesoro público, cantidad alguna para otros usos que los determinados por la ley, y conforme á los presupuestos, que precisamente se publicarán”. Hay que precisar así cuál será el destino de los dineros públicos, siendo que tal destino es tanto cualitativo como cuantitativo. He aquí el principio de especialización o especificidad en sus dos dimensiones, en base a las cuales ya la Contraloría General de la República en dictamen número DGSJ-1-172 del 13 de noviembre de 1985⁹⁷, ha considerado que “las autorizaciones para gastos no deben ser globales sino detalladas a fin de determinar la naturaleza y la cuantía de cada erogación, de allí que ellas constituyan un límite cualitativo y cuantitativo para la actuación del gobierno. En efecto, el presupuesto constituye una limitación a la discrecionalidad de la Administración en cuanto a la realización del gasto público”.

De forma similar a lo anterior, la Sala Político Administrativa en decisiones del 20 de julio de 2004, caso *José Alberto Galíndez*, y del 30 de noviembre de 2004, caso *Salomón Centeno*, ha dicho que conforme a los principios de especificidad cualitativa y cuantitativa de gastos, “las autorizaciones disponibles para éstos deben utilizarse, tanto dentro de

95 JARACH, Dino, *Finanzas Públicas*, Cangallo, Buenos Aires, 1978, p. 87. En igual sentido se pronunció el Procurador General Oscar FAPPIANO, el 24 de febrero de 1994, en la causa Horacio LEVY, considerando además que la afectación resiente “los principios básicos de la unidad y la universalidad del presupuesto del Estado”.

96 RACHADELL, Manuel, “La reforma del régimen jurídico de la administración financiera del sector público”, *ob. cit.*, p. 443.

97 *Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República*, t. VIII, Caracas, 1985, p. 171.

los límites previstos como para el objetivo indicado, no teniendo los funcionarios ejecutores facultad para modificarlos”. También la propia Sala Político Administrativa en fallo del 11 de mayo de 2004, caso *Carlos Alberto Muñoz* ha dispuesto que “una vez efectuada la respectiva clasificación, los créditos asignados a cada una de las categorías deberán imputarse a la correspondiente partida, las cuales expresarán la especie de los bienes y servicios que son adquiridos. La inobservancia de tal obligación, esto es, atribuir de manera equivocada un pago a una partida que no se corresponde, hace incurrir al contraventor en una clara trasgresión del principio de especialidad cualitativa, trayendo como consecuencia un desequilibrio en las asignaciones del presupuesto”.

En este sentido, los artículos 14 y 49 de la Ley Orgánica de Administración Financiera disponen por una parte, que “Los presupuestos públicos de gastos contendrán los corrientes y de capital, y utilizarán las técnicas más adecuadas para formular, ejecutar, seguir y evaluar las políticas, los planes de acción y la producción de bienes y servicios de los entes y órganos del sector público, así como la incidencia económica y financiera de la ejecución de los gastos y la vinculación de éstos con sus fuentes de financiamiento. Para cada crédito presupuestario se establecerá el objetivo específico a que esté dirigido, así como los resultados concretos que se espera obtener, en términos cuantitativos, mediante indicadores de desempeño, siempre que ello sea técnicamente posible”. Y por otra parte, que “No se podrán adquirir compromisos para los cuales no existan créditos presupuestarios, ni disponer de créditos para una finalidad distinta a la prevista”. Aquí hay que tener en cuenta que el artículo 14 tiene su base constitucional en el artículo 315 de la Constitución, según el cual “en todos los niveles de gobierno, se establecerá de manera clara, para cada crédito presupuestario, el objetivo específico a que esté dirigido, los resultados concretos que se espera obtener y los funcionarios públicos o funcionarias públicas responsables para el logro de tales resultados”. Mientras tanto, el artículo 49 encuentra su reflejo constitucional en el artículo 314 de la Constitución, que establece que no se hará “ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto”.

Todo gasto debe tener un objetivo específico, en cantidad y en calidad, al igual que con su previsión deberá indicarse, también en cantidad y en calidad, los resultados del gasto hecho. La cantidad se expresa numéricamente en la partida correspondiente (artículo 13 de la Ley especial). Y por su parte, la calidad, la expresarán los respectivos órganos, tales como los Ministerios del Poder Ejecutivo o el Ministerio Público, a tenor de los artículos 76.10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 87 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en sus anteproyectos que presentarán a la Oficina Nacional de Presupuesto, en el entendido del artículo 36 de la Ley de Administración Financiera. Además de esto, dentro de la calidad del presupuesto podríamos ubicar también una “distribución institucional” que indicará “cuáles son las unidades administrativas responsables de la ejecución de cada programa”⁹⁸, en el entendido de los artículos 17 de la Ley especial y 94 de su Reglamento número 1. Así las cosas, esta especialización bidimensional tenían asidero en la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, y ahora lo tiene en la Ley contra la Corrupción, en cuyo artículo 18 se dispone que “Los funcionarios públicos deberán utilizar los bienes y recursos públicos para los fines previstos en el presupuesto correspondiente”.

98 BREWER-CARÍAS, Allan, “La distribución horizontal del Poder Público y el sistema de gobierno”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. III. Editorial Jurídica Venezolana - Universidad Católica del Táchira, Caracas - San Cristóbal, 1996, p. 245.

Pero a pesar de todas estas declaraciones normativas que han tenido lugar en Venezuela desde hace más de una centuria, se ha destacado que “La regla del carácter limitativo de los créditos ha sido objeto de violaciones más o menos frecuentes desde la fecha de su vigencia. En efecto, los responsables de la ejecución del Presupuesto en los diferentes regímenes que hemos tenido, han aplicado, con pocas excepciones, créditos presupuestarios destinados a un objeto para cumplir una finalidad distinta a la presupuestada. Esta situación se ha presentado particularmente cuando surgen necesidades no previstas o de urgente atención o cuando se agota una partida y quedan remanentes en otra, en cuyos casos se realiza el traspaso de créditos sin dar cumplimiento a las normas que establecen el procedimiento a seguirse para las modificaciones presupuestarias”⁹⁹. Y a tal efecto, la Sala Política Administrativa en decisión del 06 de marzo de 2001, caso *Elsa Ramírez*, ha considerado que surge el “principio de la legalidad presupuestaria, referido a las formalidades que deben cumplirse en salvaguarda del patrimonio del Estado y, en el cual se define el procedimiento presupuestario que debe seguir toda ejecución de créditos públicos, resulta claro, que las autorizaciones para disponer de algún crédito deben estar ajustadas a los límites previstos y para el objeto indicado, sin que los funcionarios ejecutores tengan facultad para modificar estos aspectos”.

Al margen de estas consideraciones, hay que hacer una última precisión: El artículo 20 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción¹⁰⁰ dispone que “Decretado el estado de excepción, el Ejecutivo puede hacer erogaciones con cargo al Tesoro Nacional que no estén incluidas en la Ley de Presupuesto y cualquier otra medida que considere necesaria para regresar a la normalidad con fundamento en la Constitución... y la presente ley”. Como se ve, dicho artículo contraría el antes citado 314, razón por la cual algunos ya se han pronunciado sobre la inconstitucionalidad de este artículo 20¹⁰¹. Ciertamente, el pronunciamiento no puede ser distinto. Aceptar lo contrario equivaldría a subordinar el presupuesto público entero a la libre discrecionalidad del Ejecutivo que, precisamente por tal subordinación, es muy probable que se vuelque en un libertinaje a discreción. Y es que a pesar de que el estado de excepción siendo una circunstancia real, pueda controlarse por la Asamblea Nacional o la Sala Constitucional, a tenor de los artículos 27 y 31 de la Ley sobre Estados de Excepción, y 336.6 de la Constitución, el ejercicio (o no) de tales posibilidades, no se entiende jamás como una venia para desconocer el principio de especificidad presupuestaria. El “regreso a la normalidad” en los estados de excepción se hace “con fundamento en la Constitución”. Por tal razón, si el artículo 314 de ésta establece que no se hará “ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto”, aún en circunstancias excepcionales, el principio acá contenido no podría ser echado por tierra.

Hechas estas precisiones, de seguidas se analiza una situación distinta a la aquí narrada, pero de alguna forma relacionada con el artículo 314: La contratación por parte del Estado sin la existencia previa de una partida presupuestaria y, en definitiva, la validez de las obligaciones contraídas por el Estado ante la previsión presupuestaria del caso.

5. Validez de las obligaciones contraídas.

99 RACHADELL, Manuel, “Lecciones sobre Presupuesto Público”, *ob. cit.*, p. 79.

100 *Gaceta Oficial* n° 37.261, 15 de agosto de 2001.

101 BREWER-CARÍAS, Allan, “Las potestades normativas del Presidente de la República, Los actos ejecutivos de orden normativo”, Caracas, 2005, p. 24. Este ensayo al igual que los demás estudios de Allan BREWER-CARÍAS pueden consultarse en la página www.allanbrewercarias.com.

¿Qué viene antes, el presupuesto o el contrato?:

A tenor del artículo 54 de la Ley especial ningún “pago puede ser ordenado sino para pagar obligaciones válidamente contraídas y causadas”. Esto quiere decir que dentro del presupuesto sólo se tendrán en cuenta los gastos que se requieran para cancelar obligaciones “válidamente contraídas y causadas”, salvo aquellas referentes a la constitución de los fondos del tesoro nacional (artículo 113 *eiusdem*), siendo que tales obligaciones derivan a su vez -casi siempre- de contratos o cualquier acuerdo de voluntades de la Administración Pública. Visto esto, la expresión “válidamente contraídas y causadas” parece revelar que esos contratos tienen que observar los requisitos de validez y de eficacia que se insertan en los artículos 1.141 y 1.142 del Código Civil.

Si bien toda contratación como fuente de obligaciones tiene que cumplir con esos requisitos, éstos se derivan, por un lado y con relación a aquellos de validez, de la frase “válidamente contraídas”, y por otro lado, ya con referencia a aquellos de eficacia, de la palabra “causadas”, debido a que la causa, así como el consentimiento y el objeto, integran los requisitos de eficacia de todo contrato, sea público o privado¹⁰². Y es que a pesar de la obstinación de dividir tajantemente los contratos privados de los contratos administrativos, hay que tener en cuenta que tal división no acarrea que “no tengan ya aplicaciones en los contratos administrativos los preceptos de derecho privado. Este sigue siendo el derecho común de todo aquello que en dichos contratos no ofrezcan una naturaleza especial”. Así lo reconoció la Corte Federal y de Casación, en fallo del 05 de diciembre de 1944, caso *N.V. Anemersbedrijf*.

Vistas así las cosas, se sabe que todo contrato administrativo o cualquier otra fuente de obligación para la Administración Pública tienen que cumplir con los requisitos comunes a todo contrato o, de ser el caso, a la fuente de la obligación distinta del contrato. No obstante esto, aquí cabría preguntarse qué sucede con aquellos contratos cuya autorización presupuestaria no haya sido todavía dada o, se ha dado por un monto menor al contratado. Antes de dar respuesta, hay que saber que la jurisprudencia nacional ha toca, directa o indirectamente, el meollo de esta interrogante. Así lo ha hecho por ejemplo la Sala Político Administrativa, en decisiones del 03 de octubre de 1990, caso *Ramón Riera*, del 07 de mayo de 1992, caso *Consortio Vinccler*, del 23 de septiembre de 1993, caso *Ayala y Plaja*, y, del 30 de mayo de 1995, caso *Instituto Nacional de Hipódromos*¹⁰³.

Pues bien, para algunos, teniendo en cuenta que si bien el artículo 314 de la Constitución dispone que no se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto, “el contrato celebrado por una autoridad administrativa, sin base en una partida presupuestaria o en un crédito adicional, o excediendo el monto de una u otro, es jurídicamente válido”¹⁰⁴. Así las cosas, dicha validez jurídica derivaría básicamente del principio *pacta sunt servanda*.

102 MÉLICH ORSINI, José, *Doctrina General del Contrato*, Editorial Jurídica Venezolana - Marcial Pons, Caracas, 1997, pp. 79-316. También sobre los contratos administrativos en general, véase por todos BREWER-CARIAS, Allan, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Civitas, Madrid, 1998, pp. 674-759, y, LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2002, pp. 247-305.

103 Estas sentencias pueden consultarse en ORTIZ-ÁLVAREZ Luis A. y MASCETTI, Giovanna, *Jurisprudencia de Contratos Administrativos*, Sherwood, Caracas, 1999.

104 LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, *ob. cit.*, p. 269.

Por el contrario, podría pensarse también que la falta o defecto de la partida presupuestaria correspondiente harían que el contratante con la Administración incurra en un error esencial, excusable y reconocible al contratar, en el entendido de los artículos 1.146, 1.148 y 1.149 del Código Civil. Y a su vez, el artículo 49 de la Ley de Administración Financiera dispone que “No se podrán adquirir compromisos para los cuales no existan créditos presupuestarios”.

Como quiera que así sea, el contrato administrativo dado en divergencia con la partida presupuestaria correspondiente, o en ausencia de ésta, sí existe y sí es válido, por un lado, ya que el contratante con la Administración no tiene por qué saber si ésta ha efectuado el plan de presupuesto correspondiente, con lo cual se excluye el error como vicio del consentimiento, y por otro lado, debido a que pensar en la inexistencia o en la invalidez de un contrato dado en esos términos, equivaldría a desconocer la buena fe del contratante distinto de la Administración. Lo que sucede en estos casos es que los efectos y la consecuente ejecución del contrato sí están subordinados a las aprobaciones presupuestarias. El contrato se celebra y se tiene como válido pero él no podrá ejecutarse hasta tanto se aprueben las partidas correspondientes al caso, dado que hay que tener en cuenta que el artículo 54 de la Ley especial dispone que se ordenará el pago de las obligaciones válidamente contraídas y causadas.

III. CONCLUSIONES

En base a lo antes expuesto podemos formular algunas reflexiones finales, sin perjuicio de lo que hasta ahora se ha concluido, en especial, sobre lo referente al ciclo presupuestario:

Primera. El presupuesto público y la estructura de su Ley. En líneas generales, el presupuesto puede considerarse como un acto que elabora la Administración Pública y que al propio tiempo su ejecución está supeditada al control inicial de la Asamblea Nacional a través de su aprobación, y a controles sucesivos de ésta y de sus órganos auxiliares, tales como la Contraloría General de la República o de ser el caso, el Poder Judicial mismo.

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que a tenor del artículo 30 de la Ley de Administración, la Ley de Presupuesto deberá contener tres Títulos: Un primer título (Título I) referente a disposiciones generales y que por ello no podrá “contener disposiciones de carácter permanente, ni reformar o derogar leyes vigentes, o crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos”. Y otros dos títulos: Uno referente a los presupuestos ingresos y gastos y operaciones de financiamiento de la República (Título II), y otro relativo a los mismos presupuestos y operaciones, pero en este caso de los entes descentralizados funcionalmente de la República, sin fines empresariales (Título III).

Segunda. El control parlamentario del presupuesto. Todo Proyecto de Ley de Presupuesto tiene que remitirse a la Asamblea Nacional, para que ésta apruebe las “líneas generales” de ese presupuesto. A tal efecto, este control legislativo permite, al menos en nuestro criterio, que se contenga la discrecionalidad presupuestaria de la Administración, evitando así que ésta desemboque en un primitivo libertinaje. Lo irónico de tal control es que estamos siempre en presencia de una lucha de discrecionalidades.

Tercera. Los principios presupuestarios básicos en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público. En líneas generales, los principios básicos del presupuesto público son los siguientes:

Equilibrio. El Estado tiene que equilibrar lo que gasta con lo que recibe para obtener así un equilibrio presupuestario, siendo que si éste es desbordado por dichos gastos, se considerará como deficitario. De igual forma, este equilibrio puede encontrar ciertas modificaciones, en los términos arriba expuestos, en especial, bajo la tónica de la eficiencia o de la razonabilidad.

Anualidad. Como ya se dijo, todo presupuesto tiene que ser aprobado por la Asamblea Nacional para períodos anuales, para evitar así posibles abusos administrativos. Y a su vez, hay que tener en cuenta que si bien la anualidad se refiere básicamente a la ejecución del presupuesto, en ésta podemos encontrar principios subsidiarios que son consecuencia de situaciones irregulares con respecto de esa anualidad, como por ejemplo, la ejecución de proyectos, la reconducción y la sucesividad.

Unidad y no afectación específica. El presupuesto es un acto en el cual se deben encontrar todos los ingresos y todos los egresos estimados para el ejercicio correspondiente, lo cual equivale a evidenciar la entrada y salida dineraria del Estado en toda su magnitud, siendo que por tal razón, no permite que en el presupuesto se compensen algunos gastos con determinados ingresos y menos aún, que éstos se afecten específicamente.

Especialización. Todo gasto debe tener un objetivo específico, en cantidad y en calidad, al igual que con su previsión deberá indicarse, también en cantidad y en calidad, los resultados del gasto hecho. La cantidad se expresa numéricamente en la partida correspondiente. Y por su parte, la calidad, la expresarán los respectivos entes u órganos.

Validez de las obligaciones contraídas. Dentro del presupuesto sólo se tendrán en cuenta los gastos que se requieran para cancelar obligaciones “válidamente contraídas y causadas”, siendo que tales obligaciones derivan a su vez casi siempre de contratos o cualquier acuerdo de voluntades de la Administración Pública.

§19. EL SISTEMA DE CONTROL INTERNO SEGÚN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO

Freddy J. Orlando S.

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y
Universidad Central de Venezuela

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El tema del control interno está emparentado con la materia relativa al control fiscal, actividad esta última realizada por organismos técnicos y especializados, dirigida a lograr, en los términos establecidos en las disposiciones legales pertinentes, la correcta administración, manejo, custodia, inversión y disposición de fondos y bienes públicos, es decir, del patrimonio público.

No es de estos tiempos la preocupación porque los administradores de la cosa pública actúen imbuidos de principios de moralidad, transparencia, legalidad, eficiencia y eficacia; ni mucho menos el empeño por conocer, a ciencia cierta, qué hacen tales administradores con los recursos que anualmente, vía presupuesto, se ponen en sus manos para la satisfacción de las necesidades colectivas, sino que muy por el contrario tal inquietud ha estado presente en diversas épocas, civilizaciones y países y por vías o medios muy diversos¹.

En la materia específica de control interno, el interés por instituir esta modalidad de control en nuestro país es de muy vieja data. Así nos proponemos ponerlo en evidencia, mediante la referencia que haremos a dos textos de particular importancia en la historia legislativa de Venezuela: El Código de Hacienda de 1873 y la Ley de la Hacienda Pública Nacional de 1918 al desarrollar el Capítulo III de este trabajo.

¹ Los primeros sistemas de control de actos de índole financiera de la Administración Pública aparecieron en la fase embrionaria de la organización del Estado. Tan pronto se inició su estructuración con instituciones encargadas de recibir tributos y efectuar gastos, así como dentro de la organización de servicios públicos y atención al ciudadano, los países se vieron en la necesidad de crear algún tipo de control de los gastos de la Administración. *Cfr.* ROQUE CITADINI, Antonio, *El Control Externo de la Administración Pública*, Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas, 1999, p. 15.

Por lo que respecta a nuestro país, el elenco es largo, comenzando por la Real Cédula expedida en la ciudad de Ocaña por la Reina Doña Juana “La Loca” el 17 de Febrero de 1531, en la que se instituyó a los Oficiales Reales -Tesorero, Contador y Factor-; la creación de los Tribunales de Cuentas en los Virreinos de Lima, México Santa Fe de Bogotá por Real Cédula de Felipe III de fecha 24 de agosto de 1605. De este último se desglosa la Capitanía General de Venezuela, creada en 1777; la Intendencia de Ejército y Real Hacienda, instalada el 8 de diciembre de 1776 con competencia en los ámbitos militar, de hacienda justicia y policía. Más adelante, durante la gesta de la emancipación, el Libertador, especialmente, creó tribunales y dictó normas de diferentes rangos jerárquicos, dirigidos a combatir los hechos contrarios a la sana administración de los fondos públicos, previendo, en algunos de tales instrumentos la pena de muerte para los prevaricadores y malversadores de los caudales públicos. A este respecto puede consultarse la obra del Dr. SOSA LLANOS, Pedro Vicente, *Guerra, Hacienda y Control Fiscal en la Emancipación de Venezuela (1810-1830)*, Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas, 1995.

Sin embargo el control interno, concebido como la injerencia, directa y permanente que deben tener las máximas autoridades de las dependencias de la Administración Pública en la estricta supervisión y control de la correcta administración e inversión del patrimonio público, que se les ha confiado para la satisfacción de las necesidades de la colectividad, jamás para provecho personal, empezó a tener mayor significación entre nosotros, desde el mismo momento en que el control fiscal, dado a conocer cabalmente por la Contraloría General de la República luego del derrocamiento de la dictadura del General Marcos Pérez Jiménez, mostró toda la importancia que tiene en un régimen democrático y en un verdadero Estado de Derecho.

Aunado a lo anterior, es preciso poner de relieve que en febrero de 1995, el Presidente de la República, Dr. Rafael Caldera, dispuso reestructurar y fortalecer institucionalmente al Ministerio de Hacienda (hoy Ministerio de Finanzas), con el objeto de “*garantizar un mayor control sobre el gasto público, mejorar la gestión financiera de los organismos públicos y optimizar el flujo de caja de la tesorería nacional*”. A tal fin, ordenó elaborar el Programa de Modernización de la Administración Financiera del Estado, para “desarrollar e implantar el Sistema Integrado de Gestión y Control de las Finanzas Públicas (SIGECOF)”, lo cual trajo consigo la actualización del marco legal y funcional de la Hacienda Pública Nacional, muchas de cuyas regulaciones hincaban raíces en la referida Ley de la Hacienda Pública del año 1918.²

Producto del mencionado programa de modernización, fue la aprobación de la citada Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, comprensiva de los sistemas de presupuesto, crédito público, tesorería, y control interno, analizados en esta obra.

El plan que nos hemos propuesto seguir para desarrollar el presente trabajo, aparece enunciado en el sumario que antecede. Ello implica que, una vez formuladas estas consideraciones preliminares, expresaremos el concepto de control interno, luego de lo cual abordaremos, brevemente, la evolución normativa que se ha venido operando en dicha materia hasta la concepción que del mismo rige en la actualidad. Después, comenzaremos a examinar las disposiciones pertinentes de esta modalidad de control, establecidas, tanto en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, como las que están previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; de seguidas, veremos las características del control interno y referiremos los órganos competentes para realizarlo; posteriormente haremos mención especial de la dependencia denominada *Superintendencia Nacional de Auditoría Interna*, así como de las atribuciones de las unidades de auditoría interna; acto seguido formularemos algunas consideraciones acerca del régimen funcional en el ámbito del control interno y pondremos punto final con las correspondientes conclusiones.

II. CONCEPTO DE CONTROL INTERNO

El concepto de control interno que procedemos a avanzar en este momento, a reserva de las consideraciones que al respecto haremos más adelante y, particularmente, del desarrollo completo del presente estudio, nos lleva a identificarlo con las diversas acciones de naturaleza previa, simultánea y posterior, realizadas por la propia entidad sujeta a

2 Decreto n° 570 del 23-2-1995. Vid. *Gaceta Oficial* n° 35.660 del 23-2-1995.

control, con la finalidad de que la administración de sus recursos, el cuidado y preservación de sus bienes y el ejercicio de sus correspondientes operaciones, cónsonas con la naturaleza de la organización de que se trate, se lleven a cabo de manera diáfana, acorde con las disposiciones legales que rigen la administración de tales recursos y con el propósito de lograr los resultados que se tenía previsto obtener.

Cuando señalamos, como lo hemos hecho *ut supra*, que el control interno lo realiza “la propia entidad sujeta a control”, en realidad queremos expresar con ello que el mismo compete, exclusivamente, a las máximas autoridades y demás funcionarios públicos de tales entidades. Se trata del ejercicio de competencias adicionales o concurrentes con las que les son propias o inherentes a las funciones que le están atribuidas a tales autoridades. Esta actividad de control debe efectuarse con fundamento en las disposiciones legales que rigen las labores de la organización y ajustadas a los procedimientos contenidos en sus correspondientes manuales de organización, sistemas, reglamentos internos y otras disposiciones institucionales, contentivas de las políticas y métodos de autorización, registro, verificación, evaluación, seguridad y protección.

III. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE CONTROL INTERNO

La evolución que se ha operado en nuestro país en materia de control interno, podría llevar a sostener, como lo expresamos en el capítulo introductorio, que dicho tipo de control data de la época de la colonia. Sin embargo, estructurado como lo está en la actualidad, tanto en la *Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público* como en la *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*, es producto, fundamentalmente, de la institucionalización que se operó en el campo del control fiscal en Venezuela, luego del abandono del poder por parte del dictador General Marcos Pérez Jiménez, en el año 1958, y de regulaciones previas que, aun de manera incipiente, sirvieron para echar las bases del control interno en Venezuela. Por ello, como lo señalamos precedentemente, traemos a colación dos instrumentos legales que, en su momento, constituyeron un verdadero modelo en el área bajo análisis. Nos referimos al Código de Hacienda de 1873 y a la Ley Orgánica de la Hacienda Pública de 1918.

1. El Código de Hacienda de 1873

Este texto legal es de obligatoria referencia al tratar el tema de control interno, porque si bien es cierto que el mismo contenía una recopilación de leyes concernientes a distintas materias, su ley N° VI, se refería al conjunto de atribuciones que, como dijimos antes, ponía en manos del Primer Magistrado Nacional, una diversidad de medios de los que se podía valer para efectuar un eficaz control a lo interno de la estructura de la administración pública de la época.

En efecto, el artículo 1° establecía que “La suprema dirección y administración de la Hacienda Nacional corresponde al Presidente de la República y la ejerce por medio de los Ministros de su despacho y de los demás empleados dependientes de éstos, con arreglo a la Constitución y a las leyes y decretos del Congreso”. En el artículo 2° se le asignaron al Primer Magistrado Nacional varias atribuciones muy importantes. Esta norma rezaba así:

“Son funciones del Presidente de la Unión, como supremo Director y Administrador de la Hacienda Pública”,

1°. Reglamentar conforme a la Constitución las leyes de Hacienda, a fin de asegurar su más completa ejecución y la manera de llevar la cuenta general de la Hacienda Pública.

2°. Disponer la traslación de caudales de una oficina a otra, según la necesidad lo exija, previo el informe justificativo que le de el Ministro de Hacienda.

3°. Nombrar inspectores que visiten las Aduanas y demás oficinas de Hacienda, cuando lo estime conveniente y siempre que no pueda afectar la visita el ministro del Ramo.

4°. Hacer pasar tanteos extraordinarios a estas oficinas con el fin de saber si los empleados cumplen con sus deberes.

5°. Disponer el orden con que deben hacerse los pagos, de conformidad con lo decretado en el Presupuesto de Rentas y Gastos botado por el Congreso, y cuidar de que no se haga erogación alguna que no esté dispuesta en dicha ley.

6°. Remover libremente los empleados de Hacienda.

7°. Formar el proyecto de Ley de Presupuesto General de Rentas y Gastos Públicos, que debe presentar anualmente al Congreso.

Como puede observarse, la citada ley VI constituyó para su época una normativa muy importante en materia de administración hacendaria, normativa que, después de ciento treinta y dos años de haber entrado en vigencia, subsiste en cierta medida a la presente fecha, pero contenida ahora en leyes como la ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, la Ley del Estatuto de la Función Pública y la Ley Orgánica de la Administración Pública, fundamentalmente.³

2. Ley de la Hacienda Pública de 1918

La otra ley a la que antes hicimos referencia, como expresión de la existencia de un interés muy específico por instituir la modalidad del control interno entre nosotros, es la que intitula este acápite y cuya promulgación tuvo lugar el 4 de junio de 1918. Con el propósito de destacar la trascendencia e importancia que entre nosotros ha tenido dicha ley, creemos conveniente transcribir a continuación el parecer del tempranamente fallecido Dr. Florencio Contreras Quintero, respecto del citado instrumento legal y de su autor, expresado en su obra “Disquisiciones Tributarias”,

[el] 9 de agosto de de 1962 -fecha que pasó inadvertida para la inmensa mayoría de los venezolanos- se cumplió el primer centenario, en la población de Independencia del vecino Estado Táchira, de uno de los exponentes más notables del Servicio Civil de la República: Agrimensor

3 *Artículo 47. Ley Orgánica de la Administración Pública:* El Presidente o Presidenta de la República, en su carácter de Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional, dirige la acción del gobierno y de la Administración Pública Central del Poder Nacional con la colaboración inmediata del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, conforme a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes. *Artículo 87.* El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes. *Artículo 4. Ley del Estatuto de la Función Pública:* El Presidente o Presidenta de la República ejercerá la dirección de la función pública en el Poder Ejecutivo Nacional. *Artículo 35. Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público:* El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, fijará anualmente los lineamientos generales para la formulación del proyecto de ley de presupuesto y las prioridades de gasto, atendiendo a los límites y estimaciones establecidos en la ley del marco plurianual del presupuesto.

Público a los 21 años y Doctor en ciencias Físicas y Matemáticas a los 26, al doblar esa edad este Ingeniero Civil, por una de esas paradojas de que es tan rica la Historia de la República, llegó a ser el proyectista, el constructor y el organizador *de ese edificio que se llama la Hacienda Pública Nacional*.

Bajo su dirección y su Ministerio se proyectó, en efecto, la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, *uno de los instrumentos jurídicos de mayor significación, en mi criterio*. De tal naturaleza es la estructura de este Texto que, habiendo sido promulgado el 5 de junio de 1918, en un país como el nuestro, en donde existe una marcada tendencia tradicional a las reformas legislativas precipitadas e inconsultas, -y yo diría, en muchos casos, a las “deformas”, si se me permitiese decirlo-, a las deformaciones de la legislación; *este instrumento positivo ha podido resistir, no sólo los embates naturales del tiempo digo, sino, incluso, los de la incapacidad -porque hay que hablar con cierta rudeza en este País- de algunos hombres que sucedieron a su autor en el Despacho del Ministerio de Hacienda. Advertirán ustedes que me refiero al Doctor Román Cárdenas.*⁴ (Las cursivas son nuestras).

La precitada ley -Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, como en verdad se llamaba- separó del último Código de Hacienda de 1912, las disposiciones relativas a la materia aduanera, lo cual dio origen a la Ley de Aduanas y reguló a través de normas muy precisas la administración del Patrimonio Público, estructurando así la Hacienda Pública Nacional. El último “embate” que ha tenido ese “edificio”, denominado “Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional”, para emplear la terminología del Dr. Contreras fue, precisamente, producto de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. En efecto, este texto legal, en su artículo 171, correspondiente a las Disposiciones Finales y Transitorias agrupadas en el Título X, dispuso lo que se copia de inmediato:

Artículo 171. Queda parcialmente derogado el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en cuanto al servicio de inspección se refiere. El servicio de fiscalización será competencia de los órganos de la administración tributaria y, sin perjuicio de las atribuciones de la Contraloría General de la República, se ajustará las disposiciones del Código Orgánico Tributario y las leyes especiales que regulen la materia tributaria.

Quedan derogados los artículos 1, *in fine*, en cuanto se refiere al Fisco como personificación jurídica de la Hacienda; 2; 51, 60, 61, 62, 78, 81 numeral 4, 82 a 191, 98 al 101, 128 al 138, 146, 204, 205, 206, 208 al 210 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional publicada en la *Gaceta Oficial* N° 1.660 Extraordinario, de fecha 21 de junio de 1974; (*omissis*).

Como puede observarse, ese “edificio” al que aludió el Dr. Contreras Quintero en su precitada obra, para referirse a la mencionada Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, todavía continúa parcialmente en pie dado que siguen vigentes varios de los artículos que datan del original texto de 1918.

Por otra parte, cabe agregar que la actual Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del 13 de noviembre de 2001, derogó el “artículo 95 y los ordinales 1° y 4° del artículo 96” de la tantas veces citada Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, sucesora, no obstante las diferentes reformas de que ha sido objeto, de la primigenia Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, concebida por el prenombrado Ministro Román Cárdenas.

4 *Ob. cit.*, Universidad de los Andes n° 19, Colección *Justitia et Jus*, Mérida, 1969, p.7.

3. Los Avances alcanzados a partir de 1958

Al derrocamiento de dictadura militar del General Marcos Pérez Jiménez, siguió de inmediato un período de preocupación por la correcta administración de los fondos y bienes públicos, dado que la mencionada dictadura tuvo entre sus “logros” un repunte en comportamientos reñidos con la pulcritud y corrección en el manejo de los fondos públicos.

Una de las expresiones de la referida preocupación, fue la concerniente a la escogencia de la figura del Contralor General de la República, es decir, el más alto funcionario del Estado llamado a librar una lucha sin cuartel contra el flagelo de la corrupción, que, como lo acabamos de expresar, era lo que había caracterizado al aludido régimen dictatorial. En aquella época de inicio de la institucionalidad en nuestro país y del establecimiento de las bases de un moderno Estado de Derecho, como quedó plasmado en la Constitución de 1961, el Congreso de la República se esmeró en la selección del titular de la máxima institución de control fiscal.

Así, en fecha 31 de enero de de 1958, la Junta de Gobierno que regía los destinos de nuestra nación escogió, provisionalmente, al Dr. Luís A. Pietri como Contralor General de la República.⁵

Dentro de los mayores logros del Dr. Pietri al frente de la Contraloría General de la República por espacio de once años, se mencionan los siguientes: la reforma interna del organismo contralor para adecuarlo a las exigencias de una Administración Pública que ya se perfilaba creciente y con muchos vicios heredados de la época dictatorial; la creación de su órgano divulgativo la *Revista de Control Fiscal* y la publicación del cuerpo doctrinario de la Consultoría Jurídica del Organismo, de manera de dar a conocer los criterios absolutamente técnicos, exentos de intereses político-partidistas o de cualquier otra índole, reñidos con los principios que establecía la Constitución de 1961, para el ejercicio de la función contralora y, finalmente, la apertura hacia el exterior mediante la participación en eventos internacionales que obligaban a expresar en las correspondientes ponencias, la filosofía y principios a que estaba sujeta la institución. El Dr. Luis A. Pietri, en gran parte, fue el creador del Instituto Latinoamericano de Control Fiscal (ILACIF). Todos los contralores que prosiguieron al frente de la institución, contribuyeron con sus respectivas ejecutorias a consolidar la institucionalidad en el ámbito del control fiscal.⁶

Pues bien, fue precisamente en el VI Congreso Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, celebradas en Tokio en 1968, donde la delegación venezolana presidida

5 Casi un año después de su escogencia por la Junta de Gobierno, concretamente el 18 de febrero de 1959, el Congreso de la República, surgido de la consulta popular en las primeras elecciones libres y democráticas posteriores a las del año 1947, ratificó en dicho cargo al Dr. PIETRI para el período constitucional 1959-1964. La labor por él realizada al frente del máximo organismo de control fiscal de Venezuela, fue tan importante y exitosa que fue ratificado para el siguiente período constitucional que se iniciaba en 1964 y concluía en 1969.

6 Para el período 1969-1974, la designación recayó en el Dr. Manuel Vicente LEDESMA; en el siguiente período, 1974-1979, la Contraloría tuvo dos Contralores; el Dr. José MUCI ABRAHAM, quien renunció en 1976 y el Dr. José Andrés OCTAVIO, el sustituto designado por el Congreso para completar el quinquenio. Para el período 1979-1984, la Máxima Institución de Control Fiscal Externo tuvo como titular al Dr. Manuel Rafael RIVERO. En el período 1984-1989, la representación popular designó al Dr. Ricardo SILLERÍ LÓPEZ DE CEBALLOS, quien por razones de salud se retiró en 1986, siendo su sustituto el Dr. José Ramón MEDINA. El Dr. MEDINA fue ratificado para el nuevo período que correspondió al lapso 1986-1994. El último Contralor designado por el Congreso de la República fue el Dr. Eduardo ROCHE LANDER, quien cubrió el período 1994-1999. El actual Contralor, es el Dr. Clodosbaldo RUSSIÁN. El Dr. RUSSIAN fue designado en el año 2000 bajo las disposiciones de la Constitución que nos rige en la actualidad para un período que culmina en el 2007.

por el Dr. Pietri, llevó como ponencia para el Tema N° 1, relativa a “Métodos y Procedimientos de la Fiscalización Superior”, un punto denominado “El Control Interno y Los Procedimientos de Fiscalización Externos”. Allí se sostuvo lo que se trasunta a continuación:

Como se sabe, el control interno comprende el conjunto de procedimientos establecidos por la Administración Activa con la finalidad de vigilar el adecuado funcionamiento de sus dependencias y entidades y el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias. La diferencia básica de este tipo de control con el denominado externo, consiste en que este último es ejercido por una institución independiente de los entes fiscalizados (*omissis*). Para resumir el pensamiento de la Delegación Venezolana sobre este particular, se estima que los controles interno y externo deben coordinarse y complementarse. A cada uno debe asignársele áreas definidas de trabajo e impedir tanto las interferencias como las repeticiones innecesarias en la fiscalización. No obstante, es recomendable realizar revisiones, periódicas y selectivas, sobre los actos y documentos que han sido objeto de control interno, a fin de cerciorarse de la efectividad de este último.⁷

De lo anteriormente transcrito se pone de manifiesto que casi treinta años antes de que se dictara la Ley analizada en esta obra, ya la Contraloría General de la República, como institución superior de control fiscal externo de nuestro país, trazaba lineamientos, claros, precisos y correctos acerca del papel que está llamado a desempeñar el denominado control interno.

Durante la gestión del Contralor José Muci Abraham, se dictó la primera ley reguladora de las funciones de control a cargo de la Contraloría General de la República. Uno de sus artículos, concretamente el artículo 7, dispuso que a la Máxima Institución de Control Fiscal Externo “*Corresponde evaluar, orientar, coordinar y, en caso necesario, prescribir los sistemas de control interno de la Administración Pública de acuerdo con las entidades respectivas, a fin de que el control fiscal externo se complemente con el que ejerce la administración activa*”. Quedaba de esta manera establecida la posibilidad de ir desarrollando la modalidad del control interno, como ciertamente ocurrió en los años subsiguientes.

El Contralor Manuel Rafael Rivero, hizo aportes fundamentales en el avance y consolidación del control interno. En efecto, en el informe dirigido al Congreso de la República correspondiente al año 1979, específicamente en materia de averiguaciones administrativas, señaló lo siguiente:

La existencia de todo un sistema de control externo, cuya más alta expresión es, precisamente, la Contraloría General de la República, no puede eximir de sus responsabilidades específicas a los propios administradores. De allí que en materia de averiguaciones administrativas, dentro del rigor y la agilidad que a ello le da y le desea imprimir la Contraloría, a los fines de contribuir también al fortalecimiento de las instituciones de Control Interno de la administración activa, por una parte, y de evitar injustificadas duplicaciones de trabajo por la otra, se ofició a los distintos Ministerios recordándoles que en los casos en que detecten irregularidades, están en el deber de iniciar la averiguación administrativa correspondiente, llevarla hasta sus últimas consecuencias y comunicar de inmediato a la Contraloría el resultado obtenido con indicación de las sanciones eventualmente aplicadas [...].

Con la señalada instrucción, se fueron creando las condiciones para que en 1984 se reformara la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, cuya importancia fue vital debido a la incidencia que tuvo en la actividad de perquisición, propia de ese superior ente de control fiscal.

⁷ Vid., *Latinoamérica en los Congresos Internacionales de Entidades Fiscalizadoras 1953-1958*, t. IV, Ediciones de la CGR, Caracas, 1968, p. 332.

En efecto, la aludida reforma consistió en suprimir la exclusividad que, desde su creación, tuvo el organismo contralor en materia de averiguaciones administrativas, para que en lo sucesivo, dicha potestad también fuera ejercida por la propia Administración Pública en los precisos términos establecidos en la ley; ya no con base en una circular, como lo había dispuesto el Contralor Rivero, según lo antes visto, sino con fundamento en las disposiciones expresas que sobre el particular desarrolló la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República⁸.

En el informe presentado al Parlamento Nacional, correspondiente al año 1981, de nuevo, el Dr. Rivero expresó su criterio acerca de la necesidad de estructurar una acción fiscalizadora compartida e integral y adujo lo siguiente:

[...] si es cierto que la responsabilidad fundamental de practicar el control fiscal se le tiene asignada a los organismos específicamente encargados de llevar a cabo el llamado control externo (Contraloría General de la República, Contralorías Regionales y Municipales) ello, de ninguna manera, exonera al administrador de su obligación de vigilar en el ámbito de su área la corrección en el manejo de los fondos públicos y la guarda y custodia de los bienes nacionales bajo su responsabilidad. Esta gestión es la que denominamos control interno. No hay ninguna razón que justifique el que este tipo de control no se realice con la misma metodología que se aplica en el externo.

Consecuente con la idea precedentemente expresada, el 4 de agosto de 1982, el Contralor Rivero, a título de colaboración con el Congreso de la República, hizo entrega de un proyecto de Ley en el que se preveía la creación del Sistema Nacional de Control Fiscal. El artículo 1 de dicho texto legal disponía que su objeto era:

[...] establecer un sistema unificado de acción fiscalizadora de la administración pública, que abarque los distintos ámbitos de acción del Estado, sobre la base de una adecuada coordinación de sistemas, procedimientos y normas aplicados por los organismos, repartimientos, (*sic*) y unidades encargadas de realizar controles externos e internos.⁹

La invitación a legislar en la citada materia la reiteró el Dr. Manuel Rafael Rivero en su último informe al Congreso de la República en 1983, cuando al hacer referencia a dicho proyecto, dijo: “Sea oportuna esta ocasión para ratificar esas recomendaciones y solicitudes”.

No es posible soslayar en este breve recuento de antecedentes sobre la materia del control interno, los estudios que al respecto adelantó la COPRE en 1988. En el texto del Proyecto de reforma integral del Estado, elaborado por la Comisión Presidencial designada para ello, luego del correspondiente análisis en el que se indican como carencias del control interno de la época, la inexistencia de una base normativa, legal o reglamentaria; la inadecuada ubicación organizativa y la falta de autonomía e independencia de las dependencias que realizaban este tipo de control, se hace hincapié en que la reforma administrativa:

[...] tendrá que reestructurar a fondo los mecanismos de control interno, partiendo de su regulación general a nivel de disposiciones legales y previendo en estas, tanto la uniformidad orgánica y procedimental de los órganos que lo ejercen, como la independencia y autonomía que requieren, la estabilidad del plantel de funcionarios y la dotación de recursos suficientes, todo ello enmarcado dentro de la debida coordinación con los mecanismos de control externo que corresponden a la Contraloría General de la República.¹⁰

8 Vid. ORLANDO S., Freddy J., *La Potestad Inquisitiva de los Órganos de Control Fiscal y la Determinación de la Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios Públicos*, UCAB, Caracas, 2004, p. 87.

9 La exposición de motivos del referido proyecto de ley, puede consultarse en la *Revista de Control Fiscal* n° 108, Ediciones de la CGR, Caracas, Enero-Marzo de 1983, p. 23.

10 *Cfr. Ob. cit.*, Editorial Arte, Caracas, 1988, p. 212.

Quedaban expresadas, de esta manera, las líneas maestras de la concepción de lo que debía ser el control interno.

Pero, no fue sino en diciembre de 1996, cuando bajo el impulso del Contralor Eduardo Roche Lander se reformó la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, una de cuyas novedades fue el desarrollo de todo un articulado concerniente a “La Coordinación de los Sistemas de Control”.¹¹

En efecto, los artículos 69 al 72 de la mencionada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, con vigencia a partir del 1º de febrero de 1996, evidenciaban la concepción que al respecto se tenía sobre el tema en referencia al regular la materia en los siguientes términos: el artículo 69 estableció que la Contraloría General de la República ejercería la rectoría de los sistemas de control externo e interno de la Administración Pública Nacional, Centralizada y Descentralizada; en tal carácter, le atribuyó la competencia para dictar las normas e instrucciones y formular las recomendaciones que considerara necesarias para el funcionamiento coordinado de dichos sistemas.

El artículo 70 otorgó a las correspondientes autoridades jerárquicas la responsabilidad por la actividad de control interno. El artículo 71, por su parte, procuró la estabilidad de los titulares órganos de control interno al disponer que el acceso a tales cargos se produciría por vía de concurso y que no serían destituidos “sin la autorización del Contralor General de la República”. Finalmente, el artículo 72 incluyó dentro de la rectoría a cargo de la Contraloría General de la República, la potestad de dictar las correspondientes normas a objeto de coordinar el control que estaba llamado a ejercer con el que le estaba atribuido a las contralorías estatales y municipales.

Pues bien, la entrada en vigencia de la referida Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, condujo, sin lugar a dudas, al desarrollo de la materia del control interno, habida cuenta de los instrumentos que, por vía reglamentaria, se dictaron al respecto.

En efecto, mediante las resoluciones N° 01-00-00-015, 01-00-00-016 y 01-00-00-017, todas de fecha 30 de abril de 1997 y publicadas en la *Gaceta Oficial* N° 36.229 del 17 de junio de 1997, el Dr. Roche prescribió las “*Normas Generales de Control Interno*”, “*Normas Generales de Auditoría de Estado*” y “*Normas Para el Funcionamiento Coordinado de los Sistemas de Control Externo e Interno*”¹².

11 Este texto legal, también se debió en gran parte a la iniciativa del Contralor José Ramón MEDINA, quien durante su gestión al frente del Organismo Contralor elaboró el correspondiente proyecto y aupó su aprobación por parte del Parlamento de la época. El Dr. MEDINA había trabajado arduamente la materia del control interno, como quedó evidenciado con la participación de la Contraloría General de la República en el XIV Congreso Internacional de Entidades Fiscalizadoras (INCOSAI), celebrado en Washington, en octubre de 1992. En dicha ocasión, las Comisiones Permanentes designadas por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), presentaron los correspondientes documentos para la consideración del Congreso, uno de los cuales “Posibilidades de mejorar la gestión financiera del sector público a través de las comisiones permanentes de la INTOSAI”, trataba sobre las “Directrices para las Normas de Control Interno”. En el documento presentado por la delegación venezolana sobre el tema “La Fiscalización en un Entorno Cambiante: La evolución del papel de las EFS”, se señalaba lo siguiente: “En la actualidad el Congreso de la República de Venezuela estudia una reforma integral de la LOCGR, uno de cuyos propósitos principales es precisamente fortalecer el concepto de la complementación del control interno con el externo y proveer las bases para su profundización. Un conjunto de nuevas disposiciones consagran la forma última de ese concepto, que se ha venido designando como “sistema nacional de control”, y establece las normas para su estructuración orgánica, funcional y su ulterior desarrollo. (...)”. *Cfr. Revista de Control Fiscal* n° 128, Caracas, p. 180.

12 De los citados instrumentos normativos, destacan, por ejemplo, las disposiciones contenidas en las referidas “NORMAS GENERALES DE CONTROL INTERNO”, que se indican de seguidas: *Artículo 3º*. El control interno de cada organismo o entidad debe organizarse con arreglo a conceptos y principios generalmente aceptados de sis-

Las referidas “*Normas Generales de Control Interno*”, tienen el mérito de haber establecido los elementos mínimos que debían ser observados por los organismos y entidades sujetos al control de la Contraloría General de la República, a los fines del establecimiento, implantación, funcionamiento y evaluación del control interno. Según el artículo 3° de dichas Normas, “El control interno de cada organismo o entidad debe organizarse con arreglo a conceptos y principios generalmente aceptados de sistemas y estar constituido por las políticas, y normas formalmente dictadas, los métodos y procedimientos efectivamente implantados y los recursos humanos, financieros y materiales, cuyo funcionamiento coordinado debe orientarse al cumplimiento de los objetivos siguientes: a) Salvar el patrimonio público; b) Garantizar exactitud, cabalidad, veracidad y oportunidad de la información presupuestaria, financiera, administrativa y técnica, c) Procurar la eficiencia, eficacia, economía y legalidad de los procesos y operaciones institucionales y el acatamiento de las políticas establecidas por las máximas autoridades del organismo o entidad.

Según puede observarse, se trata de una disposición absolutamente nutrida en cuanto a su contenido, fines y propósitos.

tema y estar constituido por las políticas y normas formalmente dictadas, los métodos y procedimientos efectivamente implantados y los recursos humanos, financieros y materiales, cuyo funcionamiento coordinado debe orientarse al cumplimiento de los objetivos siguientes: a) Salvar el patrimonio público; b) Garantizar la exactitud, cabalidad, veracidad y oportunidad de la información presupuestaria, financiera, administrativa y técnica; c) Procurar la eficiencia, eficacia, economía y legalidad de los procesos y operaciones institucionales y el acatamiento de las políticas establecidas por las máximas autoridades del organismo o entidad. *Artículo 8°*. Los sistemas de control interno deben ser estructurados de acuerdo con las premisas siguientes: a) Corresponde a la máxima autoridad jerárquica de cada organismo o entidad establecer, mantener y perfeccionar el sistema de control interno, y en general vigilar su efectivo funcionamiento. Asimismo, a los niveles directivos y gerenciales les corresponde garantizar el eficaz funcionamiento del sistema en cada área operativa, unidad organizativa, programa, proyecto, actividad u operación, de la cual sean responsables; b) El sistema de control interno es parte de los sistemas financieros, presupuestarios, contables, administrativos y operativos del organismo o entidad y no un área independiente, individual o especializada. c) Asegurarse de que los controles internos contribuyan al logro de los resultados esperados de la gestión; d) Evaluar las observaciones y recomendaciones formuladas por los organismos y dependencias encargados del control externo e interno, y promover la aplicación de las respectivas medidas correctivas. *Artículo 10*. Los niveles directivos y gerenciales de los organismos o entidades deben: a) Vigilar permanentemente la actividad administrativa de las unidades, programas, proyectos u operaciones que tienen a su cargo; b) ser diligentes en la adopción de las medidas necesarias ante cualquier evidencia de desviación de los objetivos y metas programadas, detección de irregularidades o actuaciones contrarias a los principios de legalidad, economía, eficiencia y/o eficacia; c) Asegurarse de que los controles internos contribuyan al logro de los resultados esperados de gestión; d) Evaluar las observaciones y recomendaciones formuladas por los organismos y dependencias encargados del control externo e interno, y promover la aplicación de las respectivas medidas correctivas de las “NORMAS PARA EL FUNCIONAMIENTO COORDINADO DE LOS SISTEMAS DE CONTROL EXTERNO E INTERNO”, uno de los artículos a destacar es el 3° el cual dispone lo siguiente: “Se entiende por órgano de control interno, aquél que tiene una función específica y principal de control en el ámbito de cada organismo o entidad, entendida ésta como función diferenciada de la que corresponde a los órganos activos de administración, con competencia para verificar la conformidad de la actuación de estos últimos con la normativa que les sea aplicable; ejercer sobre ellos funciones de control previo, concomitante y/o posterior; abrir y sustanciar las averiguaciones administrativas que deban tramitarse en el respectivo organismo o entidad; y para evaluar el sistema de control interno de los mismos, con la finalidad de proponer a sus máximas autoridades las recomendaciones dirigidas a mejorarlo y aumentar la efectividad y eficiencia de la gestión administrativa”. Se entiende por órgano de control externo, aquel distinto e independiente de la administración activa, que con la finalidad de promover mayor economía, eficacia, eficiencia y sujeción al ordenamiento jurídico de la actuación de dicha administración, está facultado para ejercer sobre la misma funciones de control preventivo, concomitante y/o posterior, en los aspectos administrativos, financieros, económicos, de gestión y cualquier otro contemplado en el ordenamiento jurídico y para adelantar los procedimientos relacionados con la determinación de las responsabilidades a que haya lugar, de conformidad con lo dispuesto en dicho ordenamiento.

Por su parte, las “*Normas Para el Funcionamiento Coordinado de los Sistemas de Control Externo e Interno*”, como su nombre lo indica y como reza su artículo 1º “tienen por objeto regular el funcionamiento coordinado de las actividades de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos, por parte de los órganos que integran los sistemas de control externo e interno del sector público, a fin de evitar la dispersión de esfuerzos y lograr la mayor economía, eficacia, eficiencia y sujeción al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de las funciones de control”.

En cuanto a las “*Normas Generales de Auditoría de Estado*”, habría que señalar que, por una parte, definen la auditoría de Estado como “el examen objetivo, sistemático, profesional y posterior de las operaciones financieras, administrativas y técnicas efectuadas por los organismos y entidades” sujetos al control de la Contraloría General de la República, uno de cuyos propósitos es, (*omissis*), 5. Promover el fortalecimiento del sistema de control interno del organismo o dependencia auditada”¹³. Por otra parte, las precitadas Normas “están dirigidas a optimizar la labor de auditoría de Estado y unificar criterios y principios atinentes a su desarrollo, mediante el establecimiento de un marco técnico normativo para el análisis y la evaluación de la gestión pública y el ejercicio de la actividad técnica del auditor”.

El anterior elenco de disposiciones constituyó el andamiaje más completo existente para el momento de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, consagradoria del Sistema de Control Interno que será objeto de análisis en el siguiente punto.

IV. EL SISTEMA DE CONTROL INTERNO PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO

El Título VI de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, al consagrar el Sistema de Control Interno, expresa en su artículo 131, que el mismo “tiene por objeto asegurar el acatamiento de las normas legales, salvaguardar los recursos y bienes que integran el patrimonio público, asegurar la obtención de información administrativa, financiera y operativa útil, confiable y oportuna para la toma de decisiones, promover la eficiencia de las operaciones y lograr el cumplimiento de los planes, programas y presupuestos, en concordancia con las políticas prescritas y con los objetivos y metas propuestas, así como garantizar razonablemente la rendición de cuentas”.

Agréguese a lo anterior, la existencia del “*Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional*”, dictado por el Presidente de la República mediante Decreto Nº 2621 del 23 de septiembre de 2003, el cual ha venido a desarrollar el articulado de la Ley en lo concerniente al Sistema de Control de Interno.¹⁴

El artículo 2 de las Normas de Auditoría de Estado indica como otras finalidades a alcanzar, las siguientes: “1. Establecer si se han cumplido las disposiciones legales y reglamentarias en el manejo del patrimonio público; 2. Determinar la razonabilidad y exactitud de la información financiera, la aplicación consistente de las Normas Generales de Contabilidad del Sector Público dictadas por la Contraloría General de la República y de los principios de contabilidad generalmente aceptados; 3. Determinar el grado en que se han alcanzado los objetivos previstos con relación a las metas programadas; 4. Conocer el grado de eficiencia efectividad y economía de la gestión pública”.

¹⁴ Vid. *Gaceta Oficial* nº 37.783 del 25 de septiembre de 2003. El artículo 4º de este Reglamento reproduce textualmente el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

De manera, pues, que el referido artículo 131 pone de manifiesto, claramente, el propósito perseguido por el legislador al redactar esta norma. Tal propósito es: a) *asegurar el acatamiento de las normas legales*, o lo que es lo mismo, garantizar la debida observancia de las leyes por parte los funcionarios y de los particulares que interactúan con aquellos, en materias relativas al patrimonio público. No existe Estado de Derecho, si los preceptos establecidos en las correspondientes normas legales son inobservados, soslayados, desacatados y más graves aun, si no se sanciona a quienes incurren en un comportamiento de esa índole.

b) *salvaguardar los recursos y bienes que integran el patrimonio público*. Es obligación de todo ciudadano cuidar y proteger el patrimonio público, pero con mayor razón están obligados a ello quienes en su condición de funcionarios públicos, lo administran, lo custodian y disponen de el en beneficio del colectivo. En la medida en que en el ejercicio de sus respectivas competencias, tales funcionarios se ciñan a lo previsto en las correspondientes disposiciones legales que regulan la administración, disposición o custodia del patrimonio público, estará salvaguardado de su distracción, derroche, dilapidación o malversación.

c) *asegurar la obtención de información administrativa, financiera y operativa útil, confiable y oportuna para la toma de decisiones*. Sin lugar a dudas que el sistema de control interno que se establezca, debe propender al logro de los fines que aspira alcanzar todo administrador del patrimonio público, máxime cuando para ello precisa de elementos de naturaleza administrativa, financiera u operativa, que sean veraces, idóneos, pertinentes y eficaces para la adopción de las correspondientes decisiones. Éstas, en la generalidad de los casos, se adoptan con resultados que se saben serán acertados, si la información, datos, antecedentes, cifras, estadísticas, etc. que se manejan se encuentran disponibles y son correctos. A estos logros debe orientarse el sistema de control interno

d) *promover la eficiencia de las operaciones y lograr el cumplimiento de los planes, programas y presupuestos*. El sistema de control interno debe cumplir con los dos aspectos arriba enunciados. Por un parte, “promover la eficiencia de las operaciones” y , por la otra, “lograr el cumplimiento de los planes, programas y presupuestos”; respecto del primer particular enunciado, debemos señalar que todo funcionario público que tenga a su cargo un oficio de Hacienda, es decir, de administración o custodia de fondos o bienes públicos debe procurar, no sólo que la actividad que realiza alcance los cometidos propios de la institución, sino que además pueda obtener el máximo beneficio posible con el mínimo esfuerzo realizado. Atinente a lograr el cumplimiento de los planes, programas y presupuestos, es menester indicar que el sistema de control interno debe coadyuvar a una administración eficaz de las actividades que el ente controlado se ha fijado como meta y sus estructuras deben estar dispuestas a alcanzar, de manera razonable, el cumplimiento de los objetivos trazados.

e) *garantizar razonablemente la rendición de cuentas*. Uno de los principios rectores de la actividad de la Administración Pública, conjuntamente con los de “honestidad”, “participación”, “celeridad”, “eficacia”, “eficiencia” y “transparencia”, es el relativo al de “rendición de cuentas”. Así lo proclama la Constitución de la República en el artículo 141. Conforme a dicho principio, toda persona funcionario público que tenga a su cargo la administración, recepción, custodia o inversión de caudales públicos, de fondos o bienes integradores de la noción de “patrimonio público”, está obligado a expresar, cómo administró, custodió, liquidó o invirtió esos recursos. Es decir, si lo hizo con apego a las normas legales correspondientes, si se ajustó al principio de legalidad tanto de los ingresos como de los gastos. En fin, si en esa actividad se comportó como un “buen padre de

familia”. Ahora bien, el sistema de control interno debe facilitar esa tarea de rendición de cuentas para que sea completa, detallada, pormenorizada, justificada documentalmente y efectuada en tiempo oportuno.¹⁵

Otras características del Sistema de Control Interno, aparecen consagrados en los restantes artículos del mencionado Título VI de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. Así, el artículo 132 ofrece los lineamientos generales del sistema de control interno que se implante en cada organismo de la Administración Pública, el cual, no obstante los elementos comunes que puedan estar presentes, es individualizado y particularizado en sus elementos integradores, pues debe responder a las características de cada ente de la administración pública en concreto. Es evidente que por muchos elementos comunes que puedan existir tanto en el Sistema de Control Interno de PDVSA, como en el de INAGER, por ejemplo, ambos Sistemas no pueden ser idénticos, ya que deben atender a las características intrínsecas de cada uno de esos entes, a los objetivos y fines que persiguen, etc., amén de que cada uno de los sistemas de control interno que en ellos se implante debe ser producto del ingenio o creatividad de los jefes de cada uno de los mencionados organismos.

Ahora bien, dentro de los elementos que la citada disposición refiere como característicos del sistema de control interno, abstracción hecha del ente donde se implante, se encuentran los siguientes:

1. Debe ser integral e integrado;
2. Debe comprender los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión;
3. Debe englobar la evaluación de programas y de proyectos;
4. Finalmente, debe estar fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia.

La significación que debe dársele a la expresión “*integral e integrado*”, aparece desarrollada en el artículo 3° del Reglamento Sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional. Según esta disposición:

[E]l sistema de control interno comprende el plan de organización, las políticas y normas, así como los métodos y procedimientos adoptados para la autorización, procesamiento, clasificación, registro, verificación, evaluación, seguridad y protección de los recursos y bienes que integran el patrimonio público, incorporados en los procesos administrativos y operativos para alcanzar los objetivos generales del organismo o entidad.

Dicho de otro modo, es fundamental que el sistema de control interno procure la unificación de esfuerzos para una mejor y mayor cobertura de las labores de vigilancia y fiscalización, a la vez que se evita la duplicidad y dispersión de tareas

Por otra parte, el sistema de control interno debe abarcar los aspectos “*presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión*”, lo cual quiere decir, por ejemplo, que deben quedar asegurados mecanismos de control que sean sistemáticamente oportunos y eficaces, particularmente por lo que respecta a las diferentes fases de la ejecución presupuestaria; en materia económico-financiera, es necesario for-

15 El artículo 2 del precitado “Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional”, al referirse al objeto del Sistema Nacional de Control Interno, en lo único que difiere de lo señalado sobre el mismo particular por el ya mencionado artículo 131, es que agrega un elemento que no está contenido en este último artículo: “garantizar el acatamiento de las decisiones adoptadas”, lo cual no deja de ser un propósito muy importante, habida cuenta que no es infrecuente que en la Administración Pública venezolana, muchos subalternos dejen de acatar las directrices emanadas de la máxima autoridad de quien dependen.

talecer todo lo concerniente con la fiabilidad de los registros financieros, con las diferentes etapas de adopción de decisiones, con la preservación de activos; en cuanto a la evaluación de programas y proyectos, el sistema de control precisa contribuir a la obtención de los resultados que se pretendan alcanzar y, finalmente, debe estar fundado en criterios de eficacia, eficiencia y economía lo cual significa que el sistema de control, debido a su diseño, debe cumplir con el cometido previsto en la aplicación real y procurar la obtención del máximo beneficio con el mínimo esfuerzo posible.

Por su parte, el artículo 133 ofrece como otra característica del Sistema de Control Interno el relativo a su funcionamiento, en el sentido de que *debe estar coordinado con el control externo a cargo de la Contraloría General de la República*, ya que según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley que regula el funcionamiento de la Máxima Institución de Control Fiscal Externo, este organismo es el órgano rector de todo el sistema de control fiscal. Esta condición de ente rector la reitera el artículo 33 de la ley Orgánica de la Contraloría General de la República, al disponer que *“Los órganos de control fiscal referidos en el artículo 26 de esta Ley (entre los cuales se encuentran “las unidades de auditoría interna” de los entes y organismos sujetos al control de la Contraloría General de la República) funcionarán coordinadamente entre sí y bajo la rectoría de la Contraloría General de la República”*.

La coordinación de los Sistemas de Control Interno y Externo, para expresarlo con palabras de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, no es otra cosa que *“la fijación consentida de metas con el consecuente seguimiento de sus resultados”*¹⁶ e implica que las actividades de los órganos que integran dichos sistemas, no sólo se realicen de manera armónica, sino evitando, igualmente, la dispersión de esfuerzos originada en la duplicidad o repetición de los mismos actos de control.

El artículo 134 dispone que es a la *máxima autoridad de cada organismo o entidad* a quien corresponde la responsabilidad de establecer y mantener un sistema de control interno adaptado a la naturaleza, estructura y fines de la organización que él dirige.

Ahora bien ¿qué debe entenderse por máxima autoridad?. En este sentido es menester tomar en cuenta que el artículo 55 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, define como tal:

[...] al órgano ejecutivo a quien corresponda la dirección y administración del organismo o entidad, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea aplicable. En caso de que el organismo o ente respectivo tenga junta directiva, junta administradora, consejo directivo u órgano similar, serán estos los que se considerarán la máxima autoridad jerárquica.¹⁷

Del mismo modo, habría que señalar que en similar sentido al precedentemente expresado, las *“Normas para Regular la Entrega de las Oficinas de Hacienda de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, por parte de sus Máximas Autoridades”*, en su artículo 1º, Parágrafo Primero, y a los solos efectos de ese instrumento legal, considera máxima autoridades:

16 Cfr. Acta de la Audiencia Oral del 18-12-2002, caso *intervención de la Policía Metropolitana*.
17 Vid. *Gaceta Oficial* nº 37.169 del 29 de marzo de 2001.

[...] los superiores jerárquicos de los organismos, tales como Ministros, los Directores de la Oficinas Centrales de la Presidencia, el Procurador General de la República, Gobernadores y Alcaldes, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República y el Presidente del Consejo Nacional Electoral. En el caso de los Institutos Autónomos y otras personas jurídicas de Derecho Público, su Presidente o denominación equivalente se considerarán superiores jerárquicos.¹⁸

Por otra parte, es preciso indicar que también el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, del mismo modo como lo hace el artículo 131, *ejusdem*, según lo antes visto, expresa lo que debe entenderse por Sistema de Control Interno.

La principal diferencia con esta última disposición, es que indica que la rectoría del sistema la ejerce la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, lo cual, es absolutamente contradictorio con lo establecido en los artículos 4; 14, numeral 10, y 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal que atribuye la rectoría del Sistema Nacional de Control Fiscal a la Contraloría General de la República y, por ende, la del Sistema de Control Interno habida cuenta que este último está comprendido dentro de aquel. Dicho artículo 5, reza así:

El sistema de control interno del sector público, cuyo órgano rector es la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, comprende el conjunto de normas órganos y procedimientos de control, integrados a los procesos de la administración financiera así como la auditoría interna. El sistema de control interno actuará coordinadamente con el Sistema de Control Externo a cargo de la Contraloría General de la República, tiene por objeto (*sic*) promover la eficiencia en la captación y uso de los recursos públicos, el acatamiento de las normas legales en las operaciones del Estado, la confiabilidad de la información que se genere y divulgue sobre los mismos; así como mejorar la capacidad administrativa para evaluar el manejo de los recursos del Estado y garantizar razonablemente el cumplimiento de la obligación de los funcionarios de rendir cuenta de su gestión.

No obstante las diferencias de redacción entre los artículos 131 y 5 de la mencionada Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, debido a los vocablos que se emplean en ambas disposiciones, es lo cierto que el espíritu, propósito y razón de tales normas son iguales.

En efecto, ambos artículos son coincidentes en cuanto al señalamiento de que el objeto del sistema de control interno es “asegurar el acatamiento de las normas legales”; “garantizar razonablemente el cumplimiento de la obligación de los funcionarios de rendir cuenta de su gestión”; “salvaguardar los recursos y bienes que integran el patrimonio público”.

La consideración final que es necesario formular acerca del precitado artículo 134, tiene que ver con la exigencia que la misma hace en torno a que el sistema de control interno “incluirá los elementos de control previo y posterior incorporados en el plan de organización y en las normas y manuales de procedimientos de cada ente u órgano, así como la auditoría interna”. Se trata de tres modalidades, muy concretas, del ejercicio de la actividad contralora.

Por lo que respecta al control interno previo, dice el artículo 6° del *Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional*”, lo que se trasunta a continuación:

18 Cfr. G.O. n° 36.539 del 15-9-1998.

El control interno previo, comprende los procedimientos operativos y administrativos incorporados en el plan de organización, en los reglamentos y manuales de cada ente u organismo que deben ser aplicados por los administradores, antes de la adquisición de bienes y servicios o a la celebración de otros contratos que impliquen compromisos financieros para la República, con el fin de verificar el cumplimiento de las normas que regulan tales actos, los hechos que los respaldan, la conveniencia y oportunidad de su ejecución.

El control previo de los compromisos y órdenes de pago para la ejecución del presupuesto estará efectiva y explícitamente incorporado en los procesos administrativos, la verificación y observancia de los requisitos legales de dicho control corresponde a los propios administradores.

Ahora bien la modalidad de control previo, en sentido amplio, se caracteriza por que el ejercicio de las competencias a cargo de la correspondiente autoridad contralora, se manifiesta antes de que se concrete, cualquier acto que comprometa el presupuesto del ente de que se trate, ya sea por la adquisición de bienes, por la prestación de servicios, ejecución de obras, etc. También puede tener lugar la mencionada modalidad de control antes de que se produzca el pago o la erogación de sumas del erario público debidamente aprobadas o autorizadas, producto de compromisos válidamente adquiridos.

Un ejemplo claro de la actividad de control previo, tanto en materia de gastos como en la relativa a ingresos, la encontramos en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual reza así:

Artículo 38. El sistema de control interno que se implante en los entes y organismos a que se refieren el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, *deberá garantizar que antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros*, los responsables se aseguren del cumplimiento de los requisitos siguientes:

1. Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales.
2. Que exista disponibilidad presupuestaria.
3. Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista.
4. Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras Leyes.
5. Que se hubiere cumplido con los términos de la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, y las demás Leyes que sean aplicables.

Asimismo, *deberá garantizar que antes de proceder a realizar pagos*, los responsables se aseguren del cumplimiento de los requisitos siguientes:

1. Que se haya dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.
2. Que estén debidamente imputados a créditos del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados.
3. Que exista disponibilidad presupuestaria.
4. Que se realicen para cumplir compromisos ciertos y debidamente comprobados, salvo que correspondan a pagos de anticipos a contratistas o avances ordenados a funcionarios conforme a las Leyes.
5. Que correspondan a créditos efectivos de sus titulares.

Los diversos elementos que, según la norma antes transcrita deben ser objeto de análisis, evidencian que este tipo de control persigue evitar la comisión de errores, así como de irregularidades y vela por la debida observancia de las disposiciones legales y reglamentarias que norman la función administrativa

Atinente al *control interno posterior*, es preciso señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 7º del ya citado Reglamento, “comprende los procedimientos de control incorporados en el plan de organización y en los reglamentos, manuales y procedimientos administrativos de cada entidad, para ser aplicados por los responsables superiores sobre los resultados de las operaciones bajo su directa competencia”.

El control posterior, en sentido lato, hace referencia al tipo de control que se materializa luego que se han consumado los actos de la Administración. Su finalidad es determinar, tanto en materia de ingresos como de gastos, respectivamente, que se cumplió debidamente todo el proceso de declaración, liquidación y recaudación de tales ingresos o que las erogaciones con cargo al presupuesto del Estado se efectuaron, en cuanto a sinceridad y legalidad, en forma correcta.

Concerniente a la *auditoría interna*, habría que expresar que, como lo prevé el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, “es un servicio de examen posterior, objetivo, sistemático y profesional de las actividades administrativas y financieras de cada ente u organismo, realizado con el fin de evaluarlas, verificarlas, elaborar el informe contentivo de las observaciones, conclusiones, recomendaciones y el correspondiente dictamen”. En idénticos términos lo regula el artículo 8º del citado instrumento reglamentario.

El servicio de auditoría interna, conforme reza el artículo 9º *ejusdem* “se prestará por el órgano de auditoría interna de cada ente u organismo y por la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, en los términos establecidos en la ley; y abarcará la evaluación del grado de cumplimiento y eficacia de los sistemas de administración e información gerencial y de los instrumentos de control interno incorporados en ellos; el examen de los registros y estados financieros, para determinar su pertinencia y confiabilidad, así como la evaluación de la eficiencia, eficacia y economía de las operaciones realizadas”.

V. LOS ÓRGANOS COMPETENTES PARA REALIZAR ACTIVIDAD DE CONTROL INTERNO

De acuerdo con lo previsto en los artículos 134 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, 36, 37 y 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 4º del Reglamento Sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública, la competencia para realizar actividad de control interno está a cargo de las “máximas autoridades de los órganos y entidades” que conforman la Administración Pública, así como también de los “gerentes, jefes o autoridades administrativas de cada departamento, sección o cuadro administrativo específico” de la citada estructura orgánica.

Como quedó dicho precedentemente, las máximas autoridades de cada ente de la Administración Pública tienen la responsabilidad de organizar, establecer, mantener y evaluar el sistema de control interno que implanten en las respectivas estructuras administrativas de las cuales son sus titulares. De manera concreta, les corresponde velar

porque el sistema de control interno que instrumenten, funcione de manera efectiva, lo cual significa que están en la obligación de dictar las normas y procedimientos relativos a la administración, manejo, custodia y disposición del patrimonio público en los ámbitos presupuestarios, financieros, administrativos, técnicos y de registro de operaciones de diversa índole.

Por su parte, el artículo 8 de las referidas “*Normas para el Funcionamiento Coordinado de los Sistemas de Control Externo e Interno*”, dictadas por la Contraloría General de la República mediante Resolución N° 01-00-00-017 del 30-4-1997¹⁹, dispone lo que se trasunta a continuación:

Corresponde a la máxima autoridad de cada organismo y entidad sujeto a las presentes normas:

1. Establecer por escrito las políticas básicas que adoptará la institución para alcanzar sus objetivos fundamentales, de acuerdo con el instrumento de creación o estatuto, las disposiciones legales pertinentes y los lineamientos establecidos en los planes nacionales.
2. Crear los sistemas y procedimientos de control interno, asegurar su implantación, funcionamiento, evaluación periódica y actualización, así como adoptar las acciones a que haya lugar para su mejoramiento y eficacia.
3. Implantar las medidas correctivas señaladas en los informes y recomendaciones de los órganos de control interno y/o externo, según corresponda, siempre que no sean manifiestamente inconstitucionales o ilegales.
4. Asegurar y facilitar la debida comunicación y colaboración entre el organismo o entidad, con la Contraloría General de la República y los órganos de control interno y/o externo.
5. Asegurar el funcionamiento eficaz y eficiente del órgano de control, dotándolo de suficientes recursos, en especial presupuestarios, materiales y personal calificado, y ubicándolo en los niveles superiores de la estructura administrativa.

Por su parte, los niveles directivos y gerenciales de los organismos o entidades, según lo previsto en el artículo 10 de las ya citadas “*Normas Generales de Control Interno*”²⁰, emanadas de la Contraloría General de la República, deben:

a) Vigilar permanentemente la actividad administrativa de las unidades, programas, proyectos u operaciones que tienen a su cargo;

Ser diligentes en la adopción de las medidas necesarias ante cualquier evidencia de desviación de los objetivos y metas programadas, detección de irregularidades o actuaciones contrarias a los principios de legalidad, economía, eficiencia y/o eficacia;

c) Asegurarse de que los controles internos contribuyan al logro de los resultados esperados de la gestión;

d) Evaluar las observaciones y recomendaciones formuladas por los organismos y dependencias encargados del control externo e interno, y promover la aplicación de las respectivas medidas correctivas.

Agréguese a lo anterior, que los “gerentes, jefes o autoridades administrativas de cada departamento, sección o cuadro administrativo específico”, conforme a lo regulado en el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema

19 G. O. n° 36.229 del 17-6-97.

20 Resolución n° 01-00-00-015 del 30-4-1997 en G. O. n° 36.229 del 17-6-97.

Nacional de Control Fiscal, “deberán ejercer vigilancia sobre el cumplimiento de las normas constitucionales y legales, de los planes y políticas, y de los instrumentos de control interno a que se refiere el artículo 35 de esta Ley, sobre las operaciones y actividades realizadas por las unidades administrativas y servidores de las mismas, bajo su directa supervisión”.²¹

Es de acotar, además, que la parte *in fine* del artículo 11 de las varias veces citadas “*Normas Generales de Control Interno*” le fijan otra responsabilidad a las máximas autoridades en la materia del control interno a la que nos hemos venido refiriendo. Esta es la de dotar al correspondiente “órgano de control interno”, hoy denominado “unidad de auditoría interna”, “de personal idóneo y necesario, así como de razonables recursos presupuestarios, materiales y administrativos que faciliten la efectiva coordinación del sistema de control interno de la organización y el ejercicio de las funciones de vigilancia y fiscalización”.

Por último, la máxima autoridad jerárquica del organismo o entidad de que se trate, debe definir, formalmente, mediante instrumento normativo, las funciones y responsabilidades del “órgano de control interno”, “tomando en cuenta los lineamientos que al respecto dicten la Contraloría General de la República y demás órganos competentes para ello.”²²

De manera, pues, que, como lo acabamos de registrar, en la materia que nos ocupa, todas las autoridades anteriormente referidas, pero en particular las máximas autoridades de los entes de la Administración Pública, tienen sobre sus hombros la inmensa responsabilidad de velar por el debido funcionamiento y consecuencial éxito del sistema de control interno de la entidad u organización a cuyo frente se encuentren.

VI. LA SUPERINTENDENCIA DE UNIDADES DE AUDITORÍA INTERNA

La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público ha dispuesto en su artículo 137 que la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna sea un órgano del Poder Ejecutivo -integrado a la Vicepresidencia Ejecutiva, dice la norma- con autonomía funcional y administrativa y con la estructura organizativa que determine el reglamento respectivo.²³ El encabezamiento de esta disposición califica al citado organismo de “ente rector del Sistema de Control Interno” y a este respecto dijimos anteriormente que ello es absolutamente discordante con lo establecido en los artículos 4, 14, numeral 10, y 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que atribuye la rectoría del Sistema Nacional de Control Fiscal a la Contraloría General de la República y, por ende, la del Sistema de Control Interno. A tal

21 El artículo 35, *ejusdem*, reza así: El Control Interno es un sistema que comprende el plan de organización, las políticas, normas, así como los métodos y procedimientos adoptados dentro de un ente u organismo sujeto a esta Ley, para salvaguardar sus recursos, verificar la exactitud y veracidad de su información financiera y administrativa, promover la eficiencia, economía y calidad en sus operaciones, estimular la observancia de las políticas prescritas y lograr el cumplimiento de su misión, objetivos y metas.

22 *Vid.*, Artículo 12 de las Normas en referencia.

23 No obstante la proclamación de “órgano autónomo” que hace el dispositivo, la circunstancia estar subordinado al ejecutivo contradice tal proclamación. La verdadera autonomía de un órgano de control fiscal, cualquiera que sea, dependerá de su absoluta independencia respecto de quien lo designe o nombre, pues ello garantizará su estabilidad en el cargo, máxima demostración de tal condición. Un órgano de control fiscal, autónomo e independiente, es sinónimo de credibilidad en cuanto a sus ejecutorias.

respecto, habría que expresar que es posible que esta contradicción sea producto de alguna inadvertencia de los legisladores quienes atribuyeron tal condición a la mencionada Superintendencia en un texto legal -la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público- que fue dictada en setiembre del año 2000, soslayando la calificación que en tal sentido había recibido la Contraloría General de la República en el artículo 69 de la Ley reguladora de las actividades de dicho Organismo del año 1995.²⁴

La citada inadvertencia sube de tono si se toma en cuenta que la primigenia Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, dictada en el año 2000, ha sufrido hasta la presente fecha, tres reformas que son posteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal de 2001 -las ocurridas en enero de 2003, julio de 2004 y mayo de 2005- sin que se haya aprovechado tal circunstancia para efectuar la corrección pertinente.²⁵

Ahora bien, el artículo 138 *ejusdem*, consagra en sus trece numerales las atribuciones de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna. Del conjunto de atribuciones allí previstas, se desprende que el mencionado organismo está dotado de las más amplias facultades para que el sistema de control interno sea verdaderamente eficiente; es decir, que no sólo pueda verificar la legalidad y exactitud de los diferentes procesos e introducir los correctivos necesarios durante la ejecución de los mismos, sino también que suministre información veraz y oportuna a los responsables del sistema de control interno implantado en cada ente, de manera que sus actuaciones, a más de transparentes, logren con la mayor rigurosidad la preservación del patrimonio público.

Del éxito que se alcance en la implantación, desenvolvimiento y resultados del sistema de control interno, estará garantizada la correcta inversión y administración de los recursos públicos y, por ende, la satisfacción de las necesidades de la colectividad y demás fines del Estado.

Las atribuciones antes referidas son las que se transcriben de inmediato:

Artículo 139. Son atribuciones de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna:

1. Orientar el control interno y facilitar el control externo, de acuerdo con las normas de coordinación dictadas por la Contraloría General de la República.
2. Dictar pautas de control interno y promover y verificar su aplicación.
3. Prescribir normas de auditoría interna y dirigir su aplicación por las unidades de auditoría interna.
4. Realizar o coordinar las auditorías que estime necesarias, para evaluar el sistema de control interno en los entes y órganos a que se refiere el Artículo 138, así como orientar la evaluación de proyectos, programas y operaciones. Eventualmente, podrá realizar auditorías financieras, de legalidad y de gestión, en los organismos comprendidos en el ámbito de su competencia.
5. Vigilar la aplicación de las normas que dicten los órganos rectores de los sistemas de administración financiera del sector público nacional e informarles los incumplimientos observados.

24 El citado artículo 66 disponía: "La Contraloría General de la República es el órgano rector de los sistemas de control externo e interno de la Administración Pública Nacional, Central y Descentralizada y, en tal carácter, dictará las normas e instrucciones y formulará las recomendaciones que considere necesarias para el funcionamiento coordinado de dichos sistemas".

25 Sus artículos 4, 14, numeral 10 y 33 como se expresó con anterioridad le confieren el atributo de órgano rector del Sistema Nacional de Control Fiscal a la Contraloría General de la República.

6. Ejercer la supervisión técnica de las unidades de auditoría interna, aprobar sus planes de trabajo y orientar y vigilar su ejecución, sin perjuicio de las atribuciones de la Contraloría General de la República.

7. Comprobar la ejecución de las recomendaciones de las unidades de auditoría interna, adoptadas por las autoridades competentes.

8. Proponer las medidas necesarias para lograr el mejoramiento continuo de la organización, estructura y procedimientos operativos de las unidades de auditoría interna, considerando las particularidades de cada organismo.

9. Formular directamente a los organismos o entidades comprendidos en el ámbito de su competencia, las recomendaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas de auditoría interna y de los criterios de economía, eficacia y eficiencia.

10. Establecer requisitos de calidad técnica para el personal de auditoría de la administración financiera de sector público, así como de consultores especializados en las materias vinculadas y mantener un registro de auditores y consultores.

11. Promover la oportuna rendición de cuentas por los funcionarios encargados de la administración, custodia o manejo de fondos o bienes públicos, de acuerdo con las normas que dicte la Contraloría General de la República.

12. Realizar y promover actividades de adiestramiento y capacitación de personal, en materia de control y auditoría, y

13. Atender las consultas que se le formulen en el área de su competencia.²⁶

26 Las transcritas atribuciones son reiteradas en el artículo 12 del “Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional”, cuyo texto dice así:

“Artículo 12. La Superintendencia Nacional de Auditoría Interna ejercerá la supervisión, orientación y coordinación del control interno, así como la dirección de la auditoría interna en los organismos que integran la administración nacional central y descentralizada funcionalmente, a excepción del Banco Central de Venezuela y le corresponde, de conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, el ejercicio de las siguientes atribuciones:

1 Orientar el control interno y facilitar el control externo de acuerdo con las normas de coordinación dictadas por la Contraloría General de la República, mediante los manuales, instrucciones o circulares que estime necesarias.

2 Dictar pautas de control interno específicas, por área administrativa, financiera u operacional, o por procesos, oída la opinión de los respectivos órganos de auditoría interna.

3 Prescribir normas de auditoría interna y dirigir su aplicación, a cuyos fines podrá emitir pronunciamientos para orientar la utilización de determinadas metodologías, el establecimiento de programas de auditoría y en general, la fijación de pautas mínimas.

4 Efectuar o coordinar auditorías en los órganos y en los entes u organismos de la Administración Pública Nacional, con el fin de evaluar el Sistema de Control Interno; así como realizar las auditorías financieras, de legalidad o de gestión que considere necesarias.

5 Orientar la evaluación de proyectos, programas y operaciones.

6 Velar por la adopción de adecuados procedimientos para procurar que se pacten precios justos y razonables en la adquisición de bienes y servicios y orientar, especialmente la eficiencia de los procesos correspondientes.

7 Velar por la idoneidad de los sistemas de control interno y por el establecimiento de indicadores que permitan la evaluación de la gestión.

8 Vigilar la aplicación de las normas que dicten los órganos rectores de los sistemas de administración financiera del sector público nacional e informar los incumplimientos observados a las autoridades competentes para adoptar las decisiones a que haya lugar.

9 Apoyar los programas de complementación del control externo e interno, con vistas a la debida coordinación entre ambos sistemas y facilitar, en general, el ejercicio del control externo.

10 Velar por la uniformidad, coherencia y racionalidad de la organización y funcionamiento de los órganos de auditoría interna, considerando las particularidades de cada ente u organismo y proponer las medidas necesarias para mejorar su estructura y procedimientos de control.

La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público previene en su artículo 142, que la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna estará a cargo del “Superintendente Nacional de Auditoría Interna, quien será designado por el Presidente de la República”; de allí que deba rendirle cuenta, “tanto a éste como al Vicepresidente Ejecutivo” en los términos establecidos en el artículo 16 del Reglamento de la Ley sobre la “Organización del Control Interno en la Administración Pública”. Como lo expresamos en la cita contenida en el pie de página distinguido con el N° 22, la Superintendencia Nacional de Auditoría, será verdaderamente autónoma cuando no esté subordinada a ninguna otra autoridad y quien la dirija tenga garantizada su estabilidad en el cargo.

En conexión con este mismo punto, el artículo 145 de la Ley ordena que la “Superintendencia Nacional de Auditoría Interna” deberá informar:

1. Al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo y al Ministro de Finanzas, acerca de su gestión y de la gestión financiera y operativa de los organismos comprendidos en el ámbito de su competencia.
2. A la Contraloría General de la República, sobre los asuntos comprendidos en el ámbito de su competencia, en la forma y oportunidad que ese organismo lo requiera.
3. A la opinión pública, con la periodicidad que determine el reglamento de esta Ley.

Por su parte, el antes citado Reglamento desarrolla esta norma en su artículo 16, que copiado a la letra dice:

Artículo 16. El Superintendente Nacional de Auditoría Interna presentará al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo y al Ministro de Finanzas, un informe semestral de su gestión, así como de la gestión financiera y operativa de los organismos sujetos al presente Reglamento, atendiendo a los resultados de sus intervenciones y al seguimiento de sus recomendaciones. Dicho informe mostrará la ejecución del plan operativo anual de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna y atenderá a los indicadores de desempeño de ésta y de los organismos sobre los cuales informe. Igualmente presentará los informes que requieran el Presidente de la República, el Contralor General de la República, el Vicepresidente Ejecutivo y el Ministro de Finanzas sobre la gestión financiera y administrativa de los organismos sujetos a la competencia de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna.

11 Aprobar los planes de trabajo de las unidades de auditoría interna y vigilar su ejecución, sin perjuicio de las atribuciones de la Contraloría General de la República.

12 Comprobar la aplicación de las recomendaciones de los órganos de auditoría interna, por parte de las autoridades competentes.

13 Formular directamente a los organismos o entidades comprendidos en el ámbito de su competencia las recomendaciones que se deriven de sus actuaciones, con indicación expresa de las que se orienten al cumplimiento de las normas de auditoría y de los principios de eficacia, eficiencia y economía de la gestión administrativa en general.

14 Establecer requisitos de calidad técnica para el personal de auditoría así como de consultores especializados de los Sistemas de la Administración Financiera del Sector Público Nacional, de auditoría y mantener un registro actualizado de auditores y consultores para el uso de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna y los órganos rectores de la administración financiera.

15 Promover la oportuna rendición de cuentas por los funcionarios encargados de la administración, custodia o manejo de fondos o bienes públicos, de acuerdo con las normas que dicte la Contraloría General de la República.

16 Realizar y promover actividades de adiestramiento y capacitación de personal en materia de control y auditoría. Estas actividades atenderán las necesidades de actualización y especialización para la formación del cuerpo de auditores y consultores a que se refiere el artículo 167 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

17 Atender las consultas que se le formulen en el área de su competencia”.

La disposición copiada *ut supra*, hace énfasis en las particularidades del informe de gestión que debe ser presentado al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo y al Ministro de Finanzas, pues no sólo refiere la periodicidad de su presentación, la cual es semestral, sino que especifica también que el mismo debe comprender “la gestión financiera y operativa” de los organismos de la Administración Pública Nacional, Central y Descentralizada, según “los resultados de sus intervenciones y al seguimiento de sus recomendaciones”. A más de lo anterior, se le exige a la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna que el aludido informe muestre la ejecución de su plan operativo anual y, asimismo, “los indicadores” de su desempeño y “de los organismos sobre los cuales informe”.

Los requerimientos respecto del citado informe semestral, sin lugar a dudas, están motivados, no sólo por la alta investidura y responsabilidades que detentan sus destinatarios, sino también porque debe ser conocido “por la opinión pública”, según lo estatuye el artículo 145 de la Ley bajo estudio.

Atinente a las atribuciones de la máxima autoridad en materia de “auditoría interna”, es decir, del Superintendente, debemos señalar que estas son las que se copian textualmente de inmediato:

1. Dictar las normas reglamentarias sobre la organización, estructura y funcionamiento de la Superintendencia.
2. Nombrar y remover el personal de la Superintendencia.
3. Ejercer la administración de personal y la potestad jerárquica.
4. Celebrar los contratos y ordenar los pagos para la ejecución del presupuesto de la Superintendencia.
5. Ejercer la administración y disposición de los bienes nacionales adscritos a la Superintendencia.
6. Someter a la aprobación del Presidente de la República el plan de acción y el proyecto de presupuesto de gastos de la Superintendencia, antes de remitirlo al Ministerio de Finanzas para su incorporación en el Proyecto de Ley de Presupuesto.²⁷

Como puede observarse, el Superintendente Nacional de Auditoría Interna tiene consagradas la potestad normativa, la jerárquica y la contractual; ejerce directamente la administración de personal y es competente para disponer de los bienes nacionales que se encuentren adscritos al organismo por él representado.

Las faltas temporales del Superintendente Nacional de Auditoría Interna, serán suplidas -dice el artículo 20 reglamentario- “por un funcionario de la institución, de rango inmediatamente inferior, previa información al Vicepresidente Ejecutivo de la República.

VII. LAS ATRIBUCIONES DE LAS UNIDADES DE AUDITORÍA INTERNA

Las “*unidades de auditoría interna*”, así denominadas por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y por el Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional, se corresponden con lo que en el pasado se conoció con el nombre de “*contralorías internas*” y

27 Cfr. el artículo 143 de la Ley.

que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República del año 1995, designó “*órganos de control interno*”. Se trata de las dependencias que, en su carácter de integrantes del sistema de control interno, como lo veremos más adelante, deben velar por el adecuado funcionamiento de dicho sistema a cuyo fin deben suministrarle a la máxima autoridad jerárquica del organismo de que se trate, todas las evaluaciones llevadas a cabo, así como las recomendaciones que puedan formular con el propósito de optimizar la eficiencia y eficacia de la actividad administrativa que atañe realizar a tales autoridades.

En efecto, concordando los artículos 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 135 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, podemos definir las *unidades de auditoría interna* como los “Órganos de Control Fiscal”²⁸ llamados a prestar el servicio especializado de auditoría interna, es decir, el servicio de “examen posterior, objetivo, sistemático y profesional de las actividades administrativas y financieras de cada ente u órgano, realizado con el fin de evaluarlas, verificarlas y elaborar el informe contentivo de las observaciones, conclusiones, recomendaciones y el correspondiente dictamen”. Con tal propósito, según lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional dichos entes deberán, específicamente:

1. Evaluar el sistema de control interno del ente u organismo con la finalidad de proponer a la máxima autoridad las recomendaciones para mejorarlo y aumentar la efectividad y eficiencia de la gestión administrativa
2. Verificar la conformidad de la actuación de las entidades u organismos con la normativa dentro de la cual operan
3. Evaluar los resultados de la gestión a los fines de determinar la eficacia, eficiencia y economía de las operaciones y recomendar los correctivos que se estimen necesarios
4. Abrir y sustanciar averiguaciones administrativas de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.
5. Las demás que establezca la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Igualmente es necesario dejar establecido que el artículo 24 *ejusdem*, ordena que será mediante “instrumentos normativos” emanados de la máxima autoridad que éstos definirán todo lo concerniente a la organización, funciones, responsabilidades y niveles de autoridad de las unidades de auditoría interna²⁹ y garantizarán “que el respectivo órgano de auditoría interna sea dotado de los recursos presupuestarios, humanos y materiales que sean necesarios para asegurar el ejercicio eficiente de su gestión.”³⁰

Para el cabal cumplimiento de las competencias de que están dotadas las unidades de auditoría interna, el artículo Artículo 13 de las Normas Generales de Control Interno, referidas varias veces a lo largo de este trabajo, expresa que “las funciones del órgano de

28 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, “ Son órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal los que se indican a continuación:

- La Contraloría General de la República.
- La Contraloría de los Estados, de los Distritos, Distritos Metropolitanos y de los Municipios.
- La Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional.
- Las unidades de auditoría interna de las entidades a que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11 de esta Ley.

29 El artículo 12 de la Normas Generales de Control Interno, mencionado en varias oportunidades, contiene una regulación casi idéntica a la de citado artículo 24.

30 *Cfr.* artículo 27 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional.

control interno serán ejecutadas con base en un plan operativo anual, en cuya elaboración se aplicarán criterios de economía, objetividad, oportunidad y de relevancia material, y se tomarán en consideración:

- a. Los lineamientos establecidos en los planes nacionales estratégicos y operativos de control.
- b. Los resultados de la actividad de control desarrollada en ejercicios anteriores.
- c. Los planes, programas, objetivos y metas a cumplir por el organismo o entidad en el respectivo ejercicio fiscal.
- d. La situación administrativa, importancia, dimensión y áreas críticas del organismo o entidad.
- e. Las solicitudes de actuaciones y los lineamientos que le formule la Contraloría General de la República, o cualquier organismo o entidad legalmente competente para ello.
- f. Las denuncias recibidas.
- g. Las propias recomendaciones, las que formulen las firmas de auditoría y los órganos de control externo.

Como puede observarse, el aludido “plan operativo anual” está conformado por un conjunto de elementos de muy diversa índole que se armonizan al momento en que las unidades de auditoría interna realizan las funciones que por ley les corresponde. De lo que se trata, es que dicho plan operativo sea producto de circunstancias que cada vez más apunten a elementos técnicos y no caprichosos o subjetivos de quienes dirigen esas dependencias. Por esta misma razón, es pertinente dejar establecido que de todos los instrumentos de rango sublegal mencionados anteriormente, el que contiene disposiciones expresas y más acabadas con respecto a las condiciones éticas y a la preparación técnica de los auditores, en particular, y, por vía de extensión, al titular y demás integrantes de la unidades de auditoría interna, es el relativo a las *Normas de Auditoría del Estado*.

En efecto, el Capítulo I de las precitadas *Normas*, artículos 6 al 12, prescriben en dicha materia lo que se trasunta de inmediato:

Artículo 6°. El auditor debe poseer formación profesional, capacidad técnica y experiencia proporcionales al alcance y complejidad de la auditoría que se le haya encomendado.

Artículo 7°. El auditor deberá observar una actitud objetiva y de absoluta independencia de criterio en el ejercicio de sus funciones, e inhibirse en los casos previstos en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y cuando exista sociedad de intereses con algunos de los responsables del área u operación auditada.

Artículo 8°. El auditor será responsable por la opinión que emita con ocasión de las actuaciones que practique.

Además, deberá mantener el debido celo y diligencia profesional, tanto en la ejecución de su trabajo como en la elaboración del informe respectivo.

Artículo 9°. El auditor deberá ser respetuoso y cortés con el personal del organismo, dependencia o área donde practique la auditoría, sin perjuicio de la necesaria firmeza y seriedad que deba imprimirle a sus actuaciones.

Artículo 10. El auditor mantendrá absoluta reserva respecto a los datos e información relacionados con la auditoría que realiza, aún después de haber cesado en sus funciones, y en ningún caso retendrá para sí, documentos que por su naturaleza deban permanecer en los archivos de la entidad u organismo.

Artículo 11. El auditor debe abstenerse de aceptar atenciones, obsequios o gratificaciones, que puedan entenderse como dirigidas a influir en el resultado de las gestiones que le han sido encomendadas.

Artículo 12. El auditor deberá ejercer sus labores sin entorpecer el normal funcionamiento administrativo del organismo o dependencia, donde efectúe la actividad auditora”.

Este conjunto de exigencias han sido concebidas para afianzar los niveles de calidad, capacidad técnica, de formación ética e idoneidad en el cumplimiento de las atribuciones y responsabilidades que conciernen a los funcionarios consagrados a la materia del control fiscal.

El elenco de atributos que debe adornar al “auditor” en el ejercicio de sus labores, encuentra respaldo también en el artículo 26 del Reglamento Sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública, según el cual “Los funcionarios del órgano de auditoría interna serán seleccionados por su calificación técnica y *deberán mantener un nivel de competencia que les permita cumplir eficientemente sus obligaciones*”. (resaltado nuestro).

Este punto relativo a la escogencia de los titulares de las unidades de auditoría interna, es materia, precisamente a desarrollar en el siguiente capítulo.

VIII. EL RÉGIMEN FUNCIONARIAL EN EL ÁMBITO DEL CONTROL INTERNO

La materia funcionarial en el ámbito del control interno se caracteriza por el tratamiento particular que le brinda, tanto la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, como la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Conforme a la ley mencionada en primer término, “los titulares de los órganos de auditoría interna serán seleccionados mediante concurso, organizado y celebrado de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, con participación de un representante de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna en el jurado calificador”³¹, es decir, según este texto legal, es sólo mediante la vía del concurso público como puede accederse a la titularidad de la jefatura de una “unidad de auditoría interna. Sin lugar a dudas, la finalidad de este tipo de selección no es otro que el de evitar la injerencia o intromisión que pudieran tener las máximas autoridades de los entes de la Administración Pública, en la actividad de control fiscal que están llamados a efectuar las unidades de auditoría interna, sobre todo por lo que respecta a los procedimientos de determinación de responsabilidad administrativa.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en su artículo 30, previó lo que a continuación se copia:

Los titulares de las unidades de auditoría interna de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley serán designados por la máxima autoridad jerárquica de la respectiva entidad, de conformidad con los resultados del concurso público al que se refiere el artículo 27 de esta Ley, y podrán ejercer el cargo nuevamente, participando en el concurso público. *Los titulares así designados no podrán ser destituidos sin la previa autorización del Contralor General de la República.* (resaltado nuestro)

31 Cfr. Artículo 136.

Como puede fácilmente observarse, la solución que el legislador le ha dado a la problemática que han llegado a confrontar los titulares de los unidades de auditoría interna, debido a la existencia de autoridades que han pretendido inmiscuirse en el ejercicio de sus competencias, particularmente en el ámbito de los procedimientos de determinación de responsabilidades administrativas, fue la de dotarlos de estabilidad en el cargo, tanto por la forma de su escogencia, como por lo que respecta a la limitación establecida para prescindir libremente de sus servicios.³²

El artículo 25 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional, es reiterativa en cuanto a que “Los titulares de los órganos de auditoría interna serán designados *mediante concurso organizado y celebrado de conformidad con lo previsto en las bases dictadas al efecto por el Contralor General de la República*, con participación de un representante de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna en el jurado calificador” (resaltado nuestro).

El período a que se refiere el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, de ejercicio del cargo de titular de órgano de auditoría interna, es de cinco años de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Concluido este período, señala la misma disposición, podrán ser reelegidos por medio de un nuevo concurso público, por una sola vez. El nombramiento o designación corresponde a la máxima autoridad jerárquica del respectivo órgano o ente.

Otras regulaciones relativas a la materia funcionarial a la que nos hemos venido refiriendo, es la que tiene que ver con la idoneidad, desde el punto de vista profesional, que debe caracterizar a los funcionarios de las unidades de auditoría interna. Esta es la exigencia que aparece en el artículo 26 del Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional, conforme al cual “los funcionarios del órgano de auditoría interna serán seleccionados por su calificación técnica y deberán mantener un nivel de competencia que les permita cumplir eficientemente sus obligaciones” y acota esta disposición en su parte in fine, que “La designación de tales funcionarios se hará previa consulta con el titular del Órgano de Auditoría Interna”, lo cual es una sabia previsión que contribuye, sin duda alguna, a fortalecer las mejores relaciones que deben existir entre la máxima autoridad de un determinado ente u organismo y el titular de su correspondiente unidad de auditoría interna.

IX. EPÍLOGO

La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, ha contribuido de manera muy importante a consolidar en nuestro país la institución de control fiscal. Su articulado y, en particular, el concerniente al denominado control interno contiene los elementos fundamentales para que la gestión de la Administración Pública llegue a desarrollarse con fundamento en los principios de economía, celeridad, simplicidad admi-

32 El Reglamento sobre los concursos para la designación de los titulares de las unidades de auditoría interna de los órganos del Poder Público Nacional y sus entes descentralizados a que se refiere el artículo 27 de la Ley Orgánica de Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, concordado con el artículo 30 *eiusdem*, vigente en la actualidad, fue dictado por el Contralor General de la República, mediante Resolución n° 01-00-00-004 del 27 de febrero de 2003, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.394 del 28 de febrero de 2002.

nistrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza, tal como lo establece el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Resta ahora que todos los órganos de control fiscal, tanto los externos como los internos, cumplan a cabalidad las competencias que les confiere la ley; esto deben realizarlo sin miedo, sin distorsiones de ninguna índole, sin soslayar el carácter técnico propio de la actividad de control fiscal, Flaco servicio le hacen los titulares de dichos organismos contralores a la instituciones a cuyo frente se encuentran y al Estado de Derecho, si por algunas de las anteriores circunstancias, o por otras de similar naturaleza, traicionan los principios de probidad, apoliticismo, celeridad, eficacia y abren puerta franca al manejo irregular del patrimonio público, a la corrupción.

X. CONCLUSIONES

1. La vieja aspiración de la Contraloría General de la República y de quienes se han preocupado por esta materia en torno al establecimiento de un sistema de control interno en nuestro país, quedó materializado con las regulaciones que a ese respecto contienen, tanto la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, como la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

2. El Sistema de Control Interno, de acuerdo a lo previsto en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, “tiene por objeto asegurar el acatamiento de las normas legales, salvaguardar los recursos y bienes que integran el patrimonio público, asegurar la obtención de información administrativa, financiera y operativa útil, confiable y oportuna para la toma de decisiones, promover la eficiencia de las operaciones y lograr el cumplimiento de los planes, programas y presupuestos, en concordancia con las políticas prescritas y con los objetivos y metas propuestas, así como garantizar razonablemente la rendición de cuentas”.

3. La competencia para llevar a cabo la actividad de control interno está a cargo de las “máximas autoridades de los órganos y entidades” que conforman la Administración Pública, así como también de los “gerentes, jefes o autoridades administrativas de cada departamento, sección o cuadro administrativo específico” de la citada estructura orgánica.

4. La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público ha dispuesto en su artículo 137 que la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna sea un órgano del Poder Ejecutivo -integrado a la Vicepresidencia Ejecutiva, dice la norma- con autonomía funcional y administrativa y con la estructura organizativa que determine el reglamento respectivo.

5. El precitado texto legal previene en su artículo 142, que la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna estará a cargo del “Superintendente Nacional de Auditoría Interna, quien será designado por el Presidente de la República” y debe rendirle cuenta, “tanto a éste como al Vicepresidente Ejecutivo”, en los términos establecidos en el artículo 16 del Reglamento de la Ley sobre la “Organización del Control Interno en la Administración Pública”.

6. Las “unidades de auditoría interna”, así denominadas por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y por el Reglamento sobre la Organización del Control Interno en la Administración Pública Nacional, son las dependencias que, en su carácter de integrantes del sistema de control interno, deben velar por el adecuado funcionamiento de dicho sistema a cuyo fin deben suministrarle a la máxima autoridad jerárquica del organismo de que se trate, todas las evaluaciones llevadas a cabo, así como las recomendaciones que puedan formular con el propósito de optimizar la eficiencia y eficacia de la actividad administrativa que atañe realizar a tales autoridades.

7. Los titulares de las unidades de auditoría interna serán seleccionados mediante concurso, organizado y celebrado de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y con participación de un representante de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna en el jurado calificador.

8. Soló resta ahora, que todos los órganos de control fiscal, tanto los externos como los internos, cumplan a cabalidad las competencias que les confiere la ley, sin interferencias de ninguna índole y sin miedo por las consecuencias que deriven de su accionar.

§20. DE LO PRIVADO A LO PÚBLICO EN EL DERECHO MERCANTIL

Alfredo Morles Hernández

Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello

I. INTRODUCCIÓN

Una aproximación histórica a “lo público” y a “lo privado” -y a conceptos afines- ha sido intentada desde una perspectiva pluridimensional, subrayándose que tales nociones “sólo se pueden aprehender y comprender con propiedad, si se tiene clara su emergencia en la historia y sus andanzas por ella”¹. Los pasos de ambas nociones desde la Antigüedad hasta el presente han sido seguidos y sus peculiaridades resaltadas, tomando en cuenta sus manifestaciones y sus relaciones en cada uno de los campos de la realidad, entre ellos el jurídico². Una lectura de algunos de los trabajos discutidos en el Seminario convocado por la Fundación Manuel García-Pelayo es provechosa para entender mejor las fronteras que existen entre ambos términos, así como las que existen entre los términos conexos: lo común y lo particular, lo individual y lo colectivo, lo personal y lo social³. Es también útil para comprender que los términos público-privado “no conviven pacíficamente el uno al lado del otro: como si uno de ellos tuviera que estar siempre a la sombra del otro”⁴. En muchos ámbitos contractuales, por no decir en todos, se presenta hoy un fenómeno que ya ha sido experimentado en otros campos, tal como ha ocurrido en el derecho del trabajo⁵: la incorporación de normas de derecho público que reducen el reino de la autonomía de la voluntad.

Los criterios de separación entre derecho público y derecho privado que le conceden a las relaciones del derecho privado un signo de igualdad entre los participantes, por contraste ante el *imperium* de una de las partes que distingue la relación entre desiguales del derecho público, criterios siempre controvertidos, encuentran un desmentido en el hecho de que muchas relaciones de derecho privado están caracterizadas por unas importantísimas desigualdades, “tal vez tan relevantes como las que antes existieron respecto del Estado”⁶. El desarrollo del tratamiento de estas desigualdades ha sido descrito así:

1 SORIANO DE GARCIA-PELAYO, Graciela, “Aproximación histórica a “lo público” y a “lo privado”, a otras nociones afines y a sus mutuas relaciones, desde una perspectiva pluridimensional”, en *Lo público y lo privado. Redefinición de los ámbitos del Estado y de la Sociedad*, Tomo I, (libro editado por la autora y por Humberto NJAIM); Fundación Manuel GARCÍA-PELAYO, Caracas 1996, p. 27.

2 SORIANO DE GARCIA-PELAYO, *Ibidem*, pp. 28 y ss.

3 SORIANO DE GARCÍA-PELAYO, *Ibidem*, p. 17.

4 NJAIM, Humberto: “A manera de relatoria final”, en la obra citada en las notas anteriores, p. 20.

5 ITURRASPE, Francisco, “Lo público y lo privado en el derecho del trabajo en Venezuela (¿A favor de quien interviene el Estado)”, en la obra citada en las notas anteriores, pp. 299 y ss.

6 LORENZETTI, Ricardo L., “Nuevos paradigmas del derecho privado”, en *Derechos y Garantías en el siglo XXI*; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI y M. LÓPEZ CABANA (Directores); Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999, p. 135.

Primero fueron las distancias entre obreros y patronos, que motivaron una norma protectoria imperativa que desmintió el voluntarismo de la contratación laboral. Luego las distancias económicas en el consumo, que dieron lugar a las normas protectorias del Derecho consumerista. Finalmente, las distorsiones en el plano del conocimiento entre el experto y el profano, que causan deberes imperativos de información que apuntan a mejorar el discernimiento en el acto voluntario⁷.

La enumeración anterior de situaciones típicas de desigualdad corregidas por la acción legislativa que pueden ser consideradas emblemáticas es apenas indicativa de las numerosas relaciones contractuales afectadas por la intervención pública dirigida a equilibrar las prestaciones recíprocas. A medida que se ha consolidado el principio de la libertad económica propio de la economía de mercado, en forma paralela aparecen restricciones cada vez más numerosas al principio de la libertad de contratación.

La corrección de las desigualdades en el derecho privado se lleva a cabo a través de normas de orden público, es decir, por medio de limitaciones infranqueables por la voluntad de las partes. A la idea de *orden público económico* se le asignan modernamente estas características; a) atañe a las relaciones económicas; b) toma en cuenta “el cambio de los bienes y servicios considerados en sí mismos”; c) agrega la exigencia de obrar ciertas conductas impuestas legalmente, y procura “imponer de manera positiva cierto contenido contractual”(Ghestin)⁸. Dentro del orden público económico la doctrina distingue tres categorías: el de *dirección*, el de *protección* y el de *coordinación*. Por el de *dirección*, los poderes públicos se proponen realizar ciertos objetivos económicos, a cuyo efecto somete los contratos a una apreciación previa, dándose la aprobación cuando el Estado no objeta el contrato pero quiere controlarlo; el de *protección*, que tiende a resguardar a una de las partes y a mantener el equilibrio interno del contrato (Ghestin); y el de *coordinación*, mediante el cual el Estado cumple una función de arbitraje que es imprescindible en la economía de mercado⁹.

Este fenómeno produce un traslado de la relación contractual. Esta deja de estar ubicada exclusivamente en el ámbito del derecho privado y pasa a estar regida también por normas de derecho público y por entes de derecho público. El orden público, entendido como “conjunto orgánico de principios y valores ordenadores de una institución jurídica dada y, en definitiva, de un íntegro sistema de derecho positivo” es la base racional en que se apoya la legislación protectora de los *débiles jurídicos* (trabajadores, arrendatarios, pacientes, clientes de los bancos, asegurados, viajeros, inversionistas, consumidores) y el pretexto que invoca la Administración Pública para desarrollar sus competencias de regulación y control sobre ciertas actividades empresariales (la banca, los seguros, la bolsa, el transporte, la producción, distribución y consumo de bienes)¹⁰.

Cómo se manifiesta y qué efectos produce este traslado en el campo del derecho venezolano y, específicamente, en el área del derecho mercantil, es el objeto del presente trabajo.

7 LORENZETTI, *Ibidem*, p. 135.

8 ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos civiles-comerciales-de consumo. Teoría General*; Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998, p. 47.

9 ALTERINI, *Ibidem*, pp. 48 y 49.

10 MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil, Los contratos mercantiles*, Tomo IV; UCAB, Caracas 2004, p. 2202.

II. LAS MODALIDADES DE REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA

Si se toma como punto de partida la clasificación de los contratos mercantiles que los agrupa en contratos de financiamiento de la actividad empresarial; contratos de asistencia técnica, de suministros y de cobertura de los riesgos de la empresa; contratos de distribución de los productos y de los servicios de la empresa; y contratos de venta y permuta de los bienes y contratos de prestación de servicios¹¹, se facilita el examen de la específica modalidad que adopta la intervención pública, dirigida a procurar que las empresas cumplan su rol, sus funciones y su responsabilidad en una economía de mercado, a que se produzcan términos equitativos de intercambio y a impedir que la empresa traslade los riesgos de su actuación a los consumidores y a sus trabajadores, peligro que se incrementa cuando la empresa se *regionaliza* o se *globaliza*¹².

1. El sistema en los contratos de financiamiento de la actividad empresarial

En el campo de la actividad financiera concurren dos disciplinas netamente distinguibles, una de definido perfil público (el derecho administrativo bancario) que regula un sujeto administrativo y una actividad estimada como servicio público, cuyo control es minuciosamente reglamentado; y otra de predominante aspecto privado, el régimen de las operaciones de crédito en las cuales aparecen los particulares como participantes. Ambas disciplinas se entrecruzan frecuentemente.

El objeto del control de las instituciones financieras es el de tutelar el ahorro de la colectividad y el de procurar que el ejercicio del crédito sea una actividad ordenada¹³. Al cumplimiento del primer objetivo están dirigidas las instituciones que procuran la estabilidad del intermediario a través de la garantía de la suficiencia de los medios líquidos para atender la restitución de los capitales recibidos de terceros y la aptitud de los medios patrimoniales para cumplir todas las obligaciones asumidas ante la clientela. Persiguen el segundo objetivo, por su parte, los instrumentos dirigidos a asegurar una organización empresarial adecuada a la complejidad de la actividad bancaria o financiera y a la magnitud de los intereses comprometidos en su desarrollo, así como a garantizar una sana y prudente gestión¹⁴.

Para la delimitación del perfil privado de la actividad de intermediación bancaria hay que partir del concepto de banco y de actividad bancaria. El concepto declarado en la legislación venezolana y manejado por la doctrina nacional es el universalmente reconocido de ente que desarrolla una actividad de captación de ahorros del público para dirigir éstos a la concesión de crédito¹⁵. En cuanto al elenco de operaciones de crédito (los contratos bancarios), la banca venezolana se caracteriza por el funcionamiento del principio de la liberalización¹⁶: puede realizar cualquier operación de intermediación financiera

11 Es la clasificación seguida en la obra citada en la nota anterior. V. pp. 2269-2274.

12 GHERSI, Carlos A., "Funciones y responsabilidad de la empresa", en *Derecho Privado Económico* (colección de estudios dirigidos por el autor); Editorial Universidad, Buenos Aires 2000, p. 36.

13 MOLLE, Giacomo; DESIDERIO, Luigi, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, Giuffrè, Milán 1997, p. 8.

14 MOLLE y DESIDERIO, *Ibidem*, p. 8.

15 Artículo 1º de la Ley de Bancos; CHANG MORA, Kimlen; NEGRON CHACIN, Emilio Antonio: *Instituciones Financieras*, Vadell Hermanos, Caracas 2000, p. 370; MUCI FACCHIN, Gustavo; MARTIN PONTE, Rafael, *Regulación Bancaria*, UCAB, Caracas 2004, p. 120.

16 CHANG MORA y NEGRON CHACIN, *Ibidem*, p. 342

que no esté prohibida por la ley. En los contratos bancarios el cliente ocupa el lugar de un usuario protegido por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario: los contratos en los cuales interviene (contratos de adhesión) se interpretan a su favor (artículo 86 de la citada Ley). En algunos casos, los contratos han de ser previamente autorizados por el órgano de control bancario y el banco ha de mantener un sistema de atención de las reclamaciones de los clientes, sobre las cuales ha de informar a la Superintendencia de Protección al Consumidor y al Usuario. Se puede apreciar aquí “cómo el contenido de los casos y problemas iusprivatísticos trascienden hacia lo público, convocando normas constitucionales”¹⁷. El artículo 117 de la Constitución obliga a otorgar al consumidor un tratamiento *equitativo*; por su parte, la Ley de Protección al Consumidor estima que es abusiva la cláusula contractual que imponga condiciones *injustas* de contratación (ord. 8º, art. 87). Dentro de este marco puede ser considerada nula cualquier estipulación que transfiera al consumidor los riesgos propios de la empresa bancaria, tales como las falsificaciones de cheques, los fraudes con las tarjetas de crédito, el uso indebido de las tarjetas de débito en los cajeros automáticos, etc. Las transferencias de riesgos de las empresas al mercado o a los consumidores contrarían la lógica de la economía de mercado, puesto que el acceso al mercado tiene como contrapartida la asunción de responsabilidad por la actividad que en él se desarrolla. Esta tesis ha sido ampliamente aplicada por la doctrina y por la jurisprudencia alemanas a los casos de subcapitalización de las sociedades de capital, haciendo ilimitadamente responsables a los socios cuando no han aportado un capital congruente con el objeto social, privándolos del beneficio de la responsabilidad limitada por haber pretendido hacer responsable al mercado, o sea, a los terceros, de riesgos que a éstos no les son imputables¹⁸.

Cuando la actividad de financiamiento de la empresa se ubica en el campo del mercado de capitales, es decir, en las situaciones de acceso directo de las empresas al ahorro del público, dos principios se erigen en las columnas sobre las cuales descansa la organización del control público y la actuación de los particulares en sus transacciones: la *transparencia* y la *protección del inversor*. El primer principio, contenido dentro de la noción de *disclosure* de los norteamericanos, tiene que ver con la obligación de suministrar al público la más amplia información acerca de la oferta de captación de recursos y de la identidad del oferente; el segundo principio, si bien no llega al extremo de equiparar al inversor con el depositante de fondos en el banco, porque los riesgos son distintos, le acuerda un tratamiento de tutela contra los fraudes, los engaños y el abuso de parte de quien tiene experiencia y conocimientos frente a quien no los tiene¹⁹. El estatuto protector de la Ley de Mercado de Capitales ha de ser articulado con las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Esto significa que el inversor tiene que recibir en los contratos un tratamiento *equitativo* y que son nulas las cláusulas que impongan condiciones *injustas*, entre ellas las transferencias de riesgos, tal como ocurre en la contratación bancaria.

17 LORENZETTI, *Ibidem*, p. 137.

18 PORTALE, Giuseppe B., “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata”, en *Rivista delle Società*, Año 36/1991, enero-febrero 1991, Giuffrè, Milán, pp.32 y ss.

19 MORLES HERNANDEZ, Alfredo, *Régimen legal del mercado de capitales*, reimpresión de la segunda edición; UCAB, Caracas 2002, p. 92.

2. El sistema en los contratos de asistencia técnica, de suministros y de cobertura de los riesgos de la empresa

En el grupo de los contratos de asistencia técnica se destaca el contrato de suministro de información, caso en el cual existen disposiciones constitucionales (artículos 19 a 31) dirigidas a preservar los derechos humanos, la vida privada, la intimidad y la imagen. Cualquier manifestación de voluntad en este campo tiene como límite el respeto de las declaraciones constitucionales, interpretadas con frecuencia por la jurisprudencia en el derecho comparado de forma amplia en favor del sujeto protegido. En el orden extracontractual, llaman la atención las groseras e impunes violaciones gubernamentales de estos derechos.

En los contratos de equipamiento industrial, cuando existe transferencia de tecnología, licencias de marcas o de patentes extranjeras, existe la obligación del registro de los contratos ante el organismo nacional competente, el cual debe evaluar la contribución efectiva de la tecnología importada, el precio de los bienes que incorporen tecnología u otras formas específicas de cuantificación del efecto de la tecnología importada (artículos 12 a 15, Capítulo IV de la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena). Se trata de una intervención gubernamental, proveniente de los órganos comunitarios, dirigida a controlar un interés nacional (la independencia tecnológica) y a evitar abusos de los suplidores de tecnología y de los titulares de marcas y patentes para colocar el contrato en un nivel de equilibrio.

En los contratos publicitarios, una abundancia de normas constitucionales y de disposiciones relacionadas con la tutela de los menores, de la sociedad y de los consumidores, forman una red de preceptos que establecen limitaciones a esta actividad, así como a la actividad de los medios de comunicación. Se está en presencia de una contratación en la cual la autonomía de la voluntad está también severamente limitada.

En los contratos electrónicos e informáticos, la doctrina ha construido un principio según el cual la desigualdad entre el conocimiento del experto y la ignorancia del profano obliga a compensar el desequilibrio favoreciendo a este último. Para este usuario, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario ha dispuesto una tutela específica que incluye el derecho de arrepentimiento.

La actividad aseguradora está sometida a una intensa actividad de policía administrativa, porque en ella convergen intereses de la economía de los particulares y de la economía nacional junto a factores de confianza pública. Las empresas aseguradoras manejan enormes cantidades de dinero, provenientes de la acumulación de las primas pagadas por los asegurados, masa monetaria cuyas oscilaciones dependen de la frecuencia de los siniestros a pagar y cuyo uso no debe ser desviado por el asegurador²⁰. Los contratos de seguros forman una categoría especial. Su régimen es similar al de los contratos bancarios, aunque es todavía más protector del asegurado que el aplicable al más favorecido de los clientes de los bancos, el depositante de fondos. El seguro es una institución esencial de la economía moderna, invaluable para mantener la integridad del patrimonio de las personas, compensar la pérdida de la vida y atender las contingencias de la salud de los ciudadanos. El órgano de control de la actividad aseguradora tiene a su cargo el examen y autorización del texto de los contratos de las aseguradoras con los asegurados, contratos que deben conceder al asegurado un tratamiento equitativo y que no pueden

20 STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de Seguros I*, tercera edición; Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2001, pp. 50 y 51.

contener cláusulas abusivas o imponer condiciones injustas, pues se está ante un usuario protegido por la ley genérica aplicable a éste, además de un sujeto tutelado por la ley especial correspondiente. El órgano de control debe precaver al asegurado contra la incorporación de cláusulas *claims made* en las pólizas de responsabilidad civil, consideradas por la doctrina norteamericana como una fórmula de transferencia indebida de riesgos del asegurador al asegurado, contraria a las *expectativas razonables* del asegurado. La cláusula *claims made* requiere que el hecho generador (siniestro) se produzca durante la vigencia de la póliza, pero, además, exige que la reclamación también se haga durante la vigencia del seguro (en algunos casos hasta el vencimiento del lapso de prescripción para efectuar el reclamo)²¹. Es una cláusula que las reaseguradoras inventaron e imponen a las aseguradoras para protegerse de situaciones similares al *agent orange*, a la *asbestosis* y a la *talidomida*, que dieron origen a importantes reclamaciones varios años después de ocurridos los hechos. Ha sido considerada como una cláusula intrínsecamente injusta²² y su nulidad ha sido pronunciada en varios países²³. Un tratamiento similar debería ser otorgado por el órgano de control a la *condición precedente*, cláusula que le permite a las compañías de seguros excluir de cobertura e indemnizaciones a los titulares de seguros médicos cuando, a pesar de que el asegurado disfrutaba de buena salud al someterse a los exámenes previos para poder ser asegurado, resulta que el médico tratante *supone* que la enfermedad ya existía al momento de contratarse el seguro. Las compañías de seguro, en perjuicio del asegurado, le dan más valor a una *presunción* posterior del médico tratante que a la *declaración simultánea con la contratación del seguro* hecha por el médico escogido por la propia aseguradora para certificar la buena salud del candidato a ser asegurado. Si se llegara a probar, cosa prácticamente imposible, que el médico que examinó al candidato al momento de contratar el seguro se equivocó, el error es atribuible a la compañía de seguros, pues el médico es escogido por ella y ella debe responder del error de su delegado y de su propia negligencia. La cláusula de exclusión de responsabilidad del asegurador en base a una *condición precedente* ha de ser considerada abusiva, porque desnaturaliza el contrato de seguro de enfermedad, es contraria a la buena fe y restringe severamente los derechos del asegurado. Una alternativa que evitaría controversias es que los aseguradores calculen el riesgo que supone que alguien ya enfermo o con una enfermedad incubada, de buena fe contrate un seguro, incorporen esta eventualidad en los cálculos actuariales y cobren el incremento correspondiente de la prima. Los datos estadísticos deberían ser suficientes para que esta alternativa se aplicara.

3. El sistema en los contratos de distribución de los productos y de los servicios de la empresa

Los contratos a través de los cuales el empresario hace llegar sus productos o sus servicios al mercado asumen modalidades diversas. Unos son muy antiguos, como la comisión; otros son recientes, como la franquicia. Son contratos entre empresarios, a los cua-

21 SOBRINO, Augusto, "Derecho de seguros. La cláusula *claims made*: una peligrosa inclusión en las pólizas de responsabilidad civil", en *Derecho Privado Económico* (colección de estudios dirigido por GHERSI. V., nota 10 supra), p. 256.

22 SOBRINO, *Ibidem*, quien cita a San Agustín y a Santo Tomás en respaldo de la tesis de que "una norma jurídica injusta no es una norma jurídica", p. 271, nota 64.

23 STIGLITZ, *Ibidem*, pp. 474-487.

les se agregan el corretaje, la agencia y la concesión. En algunos contratos, como la exposición y la edición, una de las partes es un no empresario. También sucede igual, ocasionalmente, con la correduría.

Algunos contratos de correduría están sometidos a un régimen de control administrativo, como es el caso de los corredores de bolsa, de los corredores de seguros y de los corredores o agentes de viajes, porque el interés público involucrado en la actividad principal (el mercado de capitales, el seguro y el turismo) justifica la vigilancia de la conducta de quienes actúan por cuenta de los empresarios que dirigen sus ofertas al mercado, conducta que tiene que ajustarse a reglas legales, a exigencias gremiales de la profesión y a códigos morales.

4. El sistema en los contratos de venta y permuta de los bienes y en los contratos de prestación de servicios

Los contratos de venta, los contratos de transporte terrestre, marítimo y aéreo y los contratos turísticos tienen un alto componente de intervención pública.

Los contratos de venta mercantil son, por regla general, típicos actos en masa concertados a través de contratos de adhesión, tutelados por el régimen de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, a cuyos principios generales se ha hecho ya referencia. La misma ley se extiende a los contratos de transporte y a los contratos turísticos. En todos ellos aparece un débil jurídico: el comprador, el pasajero o el viajero. Los contratos de transporte y los contratos turísticos tienen, además, una regulación proveniente de acuerdos bilaterales e internacionales muy numerosos.

III. PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES

En la interpretación y ejecución del contrato sometido a un régimen de derecho público cabe discernir la presencia de varios conjuntos de normas, cada uno de ellos con origen distinto:

1. El principio general que rige la contratación en el derecho privado es el de la libertad de pactos. La condición dispositiva de las normas contractuales es una regla clásica, pero esta regla tiene limitaciones derivadas de las corrientes de moralización del contrato, de modo que sin que el contrato escape de su ámbito natural iusprivatista, se han creado varias líneas de ruptura de la regla: en primer lugar, la moral, concretada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 6º del Código Civil, según el cual el orden público y las buenas costumbres no pueden relajarse por convenios particulares; en segundo lugar, el fortalecimiento del requisito de la causa, expresado en el artículo 1158 del Código Civil, conforme al cual si bien la causa se presume, la prueba contraria es posible y lleva a la conclusión de que las obligaciones sin causa no son válidas; el contrato es válido aunque no exprese la causa, pero no puede dejar de tener causa (artículo 1157 del Código Civil). Esta exigencia restringe el campo de los negocios abstractos en los cuales se pueden ocultar relaciones ilegítimas; en tercer lugar, el funcionamiento eficaz del principio de la buena fe, según el cual los derechos subjetivos de naturaleza económica tienen que ser ejercitados de acuerdo con la buena fe y las obligaciones deben también ser cumplidas de buena fe. Es un principio que figura en el artículo 1160 de

nuestro Código Civil y alcanza especial relevancia en la materia mercantil, porque la lealtad en los tratos, el proceder honesto, la fidelidad a la palabra, no abusar de la confianza y conducirse como cabe esperar de quienes intervienen habitualmente en el tráfico jurídico han sido, históricamente, pautas de la conducta de los comerciantes²⁴ (*equitas mercatorum*).

La doctrina ha elaborado, además, un enfoque de las normas dispositivas del derecho privado, según el cual todo apartamiento del cuadro regulador legalmente definido debe ser justificado por una corresponsividad específica, es decir, por un intercambio de beneficios, sin el cual ha de aplicarse la norma soslayada. Este enfoque limita aún más la regla de la libertad de pactos.

2. La Constitución de 1999, en el artículo 2º, define a la República como un *estado social de derecho* y en el artículo 299 consagra como sistema económico constitucional a la *economía de mercado*. Estas son proclamaciones generales que adquieren perfil definido con el auxilio de la doctrina y de la jurisprudencia. El sistema de economía de mercado tiene su propia lógica y para poder acceder al mismo el empresario (i) no puede efectuar transferencias indebidas de riesgos (cada quien debe asumir los riesgos propios de su función); (ii) debe respetar la regla de la corresponsividad o del equilibrio de las prestaciones.

3. La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en concordancia con la Constitución de 1999, articula unos principios de moralización del contrato que obligan a dar al consumidor y al usuario un tratamiento de equidad y proscriben la imposición de estipulaciones injustas. Otras leyes (banca, seguros, mercado de capitales) contienen disposiciones similares.

IV. EFECTOS DEL TRASLADO

Bien se arranque de una concepción amplia o bien de una noción restringida del principio de la autonomía de la voluntad, el traslado del contrato al campo del derecho público sujeta cualquier manifestación de voluntad contractual a la realización de los fines contenidos en los principios justificativos de la intervención pública. Cualquier contradicción con los señalados principios afecta la relación de derecho privado. Salvo que otra cosa se disponga expresamente, será necesario estimar nula cualquier cláusula que constituya una infracción: nulidad de la estipulación y no nulidad del contrato, en aplicación de las reglas *utile per inutile non viciatur*; y entre dos soluciones, una contraria y otra favorable a la preservación del contrato, ha de preferirse esta última (*favor negotii*).

El ingreso del contrato al mundo del derecho público, además, coloca a los contratantes en el ámbito del derecho administrativo, cuya “estructura básica descansa sobre dos principios capitales -la teoría del contencioso-administrativo contra las decisiones de la Administración y la de la responsabilidad patrimonial de ésta por los daños que de su actividad puedan resultar para los particulares”²⁵.

24 MORLES HERNANDEZ, Alfredo, *Curso, Tomo IV*, pp. 2213 y 2214.

25 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo Tomo II*, segunda edición; Civitas, Madrid 1984, p. 481.

La actuación de la Administración en el terreno de los contratos de derecho privado sujetos a su control ha de ajustarse al principio de legalidad que gobierna la conducta de la Administración Pública, según el cual los actos del Estado deben conformarse a los precisos límites establecidos legalmente, límites dentro de los cuales se encuentra la actuación discrecional, mas no arbitraria, de la Administración²⁶.

V. CONCLUSIONES

1. Una revisión de la contraposición entre lo privado y lo público es siempre conveniente cada vez que se vaya a decidir en torno al ámbito al cual se adscribe una relación contractual.

2. En el área de los contratos mercantiles hay una tendencia a la aplicación de normas imperativas, unas que tienen su origen en la propia dimensión que tiene modernamente el principio de la autonomía de la voluntad; otras que guardan relación con la naturaleza constitucional de economía de mercado que tiene el sistema económico venezolano; y otras que derivan de principios de orden público (de dirección, de protección o de coordinación) declarados en diversas leyes.

3. El efecto de la infracción del régimen público aplicable a un contrato privado es la nulidad de la estipulación contractual y no la nulidad del contrato.

4. Uno de los efectos del traslado del contrato al campo del derecho público es el de someter a los contratantes a un régimen del derecho administrativo.

5. El concepto de *estado social de derecho* es una trinidad. No sólo se trata de Estado Social sino que la trinidad está compuesta también por el Derecho y la Democracia. El Estado democrático y social debe ser de derecho para no caer en el totalitarismo, dice Njaim, quien agrega: ese aspecto democrático no puede permitir que ningún movimiento, fuerza o doctrina, por muy “social” que sea, destruya al Estado de derecho²⁷. Esta trinidad, además, es un límite para las potestades de interpretación de la Administración y de los magistrados y, sobre todo, para una peligrosa y perversa interpretación de dos normas constitucionales: del artículo 2º, conforme al cual se pretende derivar una contraposición entre Derecho y Justicia de la declaración según la cual “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”; y del artículo 257, conforme al cual “No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”. Este último precepto no puede ser sacado de su contexto procesal y ser generalizado para atribuir un carácter de formalidad no esencial a normas jurídicas sustantivas.

26 BREWER-CARIAS, Allan R., *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*. Tomo I: *Ordenamiento Constitucional y Funcional del Estado*, UCV, Caracas 1975, pp. 15-20.

27 NJAIM, Humberto: “¿Evolución o desaparición del Estado Social de Derecho?”, en la colección de estudios citada en la nota 1, editada por el autor y por Graciela Soriano DE GARCIA-PELAYO.

§21. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL CONTROL DE CAMBIOS

Jorge Luis Suárez M.

Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Director General del Centro para la Integración y
el Derecho Público (CIDEP)

A partir del mes de febrero de 2003, el gobierno venezolano estableció un estricto control de cambios, esto es, eliminó de manera absoluta la libre convertibilidad de la moneda, alegándose una reducción en las reservas internacionales, todo luego de una serie de hechos políticos y sociales que sacudieron a nuestro país, especialmente en los meses de diciembre de 2002 y enero de 2003 cuando ocurrió el llamado “paro cívico”, que mantuvo parcialmente paralizadas las actividades económicas del país durante dos meses, hechos que fueron la culminación de una fuerte etapa de protestas de distinto tipo que se originaron desde el momento en que el Presidente de la República dictó una serie de decretos-leyes, basado en una ley habilitante que le había otorgado la Asamblea Nacional un año antes.

Este control de cambios ha venido incidiendo en la vida diaria de manera alarmante, no solamente la de los habitantes de nuestro país, sino también las actividades de los ciudadanos de otros países que, por su especial relación con Venezuela por ser Estados miembros de la Comunidad Andina, incide en ellos directamente todo lo que se haga en nuestro país en materia económico-financiera y comercial, lo que ha ocasionado que este tema haya sido conocido también, por denuncias del gobierno peruano, por instancias comunitarias andinas al considerarse ello violatorio del Acuerdo de Cartagena.

Ahora bien, ha sido una gran preocupación en los juristas venezolanos la gran inconstitucionalidad de la que adolece este régimen cambiario venezolano. En efecto, el control de cambios establecido el pasado 5 de febrero de 2003 a través de *convenios cambiarios* firmados entre el Poder Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela, así como por normativa dictada en su ejecución tanto por el Presidente de la República como por el órgano administrativo creado al efecto, CADIVI, ha pasado por encima de varias normas constitucionales y ha estado basado en una ley que también parece tener el mismo vicio.

Ciertamente, pese a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que declaró sin lugar los recursos intentados contra este régimen cambiario¹, la preocupación persiste porque nunca se había sentido que una inconstitucionalidad tuvie-

1 Contra el régimen cambiario venezolano fueron intentados sendos recursos de nulidad por inconstitucionalidad por el abogado Henry PEREIRA GORRÍN y por varios Diputados de la Asamblea Nacional pertenecientes a partidos políticos de la oposición venezolana, éstos asistidos por el autor del presente trabajo, en fechas 18 y 19 de febrero de 2003 respectivamente, los cuales fueron decididos acumuladamente en sentencia de fecha 17 de agosto de 2004. Recurso similar fue ejercido por CONINDUSTRIA y hubo una solicitud de ejecución de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 21 de noviembre de 2001, ejercida, entre otros, por el abogado José MUCI-ABRAHAM, para impedir la vigencia del artículo 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela, que fue uno de los basamentos legales principales del actual régimen cambiario.

ra tanta incidencia en la vida diaria de un país, lo que hace trascender este problema de lo estrictamente jurídico y se percibe fuertemente en cualquier persona la violación del Texto Fundamental venezolano porque, si bien los *convenios cambiarios* y sus decretos de ejecución están basados en atribuciones expresamente otorgadas por la Ley del Banco Central de Venezuela como lo dijo la referida Sala en la sentencia mencionada, sin embargo, es obvio que los mismos adolecen de graves vicios de inconstitucionalidad al establecer un régimen cerrado de control de cambios que no permite un mercado libre paralelo de divisas, como había sido tradicionalmente cuando se habían establecido controles de cambio en el pasado, lo cual desnaturaliza flagrantemente varios derechos constitucionales fundamentales como son, entre otros, la libertad económica (art. 112), el derecho de propiedad (art. 115), la libre circulación de personas y bienes (art. 50) y el libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 20), los que, de acuerdo con la Carta Magna de nuestro país, no pueden ser eliminados como hizo tal régimen cambiario, sino, en todo caso, solamente restringidos o limitados.

Así las cosas, el régimen cambiario actual pareciera vulnerar en forma grave varias normas constitucionales venezolanas que consagran los derechos fundamentales mencionados ya que, a partir de aquél, no pueden los ciudadanos y habitantes de nuestro país dedicarse a la actividad económica de su preferencia, ni disponer libremente de sus bienes, ni tener la posibilidad de adquirir divisas que le permitan salir del país y, en general, se les impide a los particulares, directa o indirectamente, desarrollar las actividades que decidan realizar, de acuerdo con su preparación, vocación y disponibilidad material.

Ahora bien, los grandes defectos jurídicos del régimen cambiario actual venezolano ya se detectan en los propios *convenios cambiarios*. Pero, además, la propia Ley del Banco Central de Venezuela, en la que se basaron los *convenios cambiarios* para ser suscritos, también adolece de graves problemas de inconstitucionalidad al otorgar al Ejecutivo Nacional y al referido Banco la competencia de regular la materia cambiaria, cuando tal facultad la tiene atribuida expresamente la Asamblea Nacional.

Veamos, entonces, en qué consisten, en nuestro criterio, los defectos jurídicos más importantes de la Ley del Banco Central de Venezuela en materia de régimen cambiario y de los *convenios cambiarios* firmados para poner en vigencia el actual control de cambios, a los que nos referiremos de seguidas.

De acuerdo con la Constitución en su artículo 187, numeral 1, en concordancia con el artículo 156, numeral 11, la regulación de la materia cambiaria está atribuida a la Asamblea Nacional. Por ello, sólo de dos maneras habría podido el Ejecutivo Nacional establecer un régimen cambiario como el actual: o bien a través de la declaratoria de un Estado de Excepción por emergencia financiera, como lo permiten los artículos 337 y 338 de la Constitución, o bien mediante una Ley Habilitante que le hubiese otorgado la Asamblea Nacional y le hubiese permitido legislar en la materia, la cual está prevista en el artículo 236, numeral 8 *ejusdem*. Ninguna de estas dos posibilidades ocurrió en el control de cambios actual.

Es claro que la Ley del Banco Central de Venezuela, al menos en sus artículos 7, numeral 6, 33, 110 y 112, viola el principio de reserva legal y el de separación de los poderes, expresamente reconocidos en los artículos 136 y 137 de la Constitución venezolana. Ello porque esta ley contiene varios artículos que establecen la posibilidad de que el Banco Central de Venezuela y el Poder Ejecutivo Nacional regulen el régimen cambiario venezolano.

En concreto, en primer lugar, destaca entre estas normas el artículo 112, que dispone lo siguiente:

Los convenios cambiarios que celebren el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela regularán todo lo correspondiente al sistema cambiario del país. Éstos podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional cuando se considere necesario para su estabilidad, así como para la continuidad de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimientos inconvenientes de capital (cursivas nuestras).

Igualmente, el artículo 110 de la Ley del Banco Central de Venezuela está redactado en los siguientes términos:

El Banco Central de Venezuela regulará, en los términos que convenga con el Ejecutivo Nacional, la negociación y el comercio de divisas en el país; las transferencias o traslados de fondos, tanto en moneda nacional como en divisas, del país hacia el exterior o desde el exterior hacia el país, así como los convenios internacionales de pago.

En la regulación que dicte al efecto, el Banco Central de Venezuela podrá establecer requisitos, condiciones y procedimientos en relación con las materias a que se refiere el presente artículo.

El Banco Central de Venezuela deberá estar representado en las comisiones especiales que el Ejecutivo Nacional creare para conocer y decidir aquellos asuntos que determinen los convenios cambiarios. (resaltados nuestros)

También establece esta Ley en el artículo 7, numeral 6, lo siguiente:

Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá a su cargo las siguientes funciones:

(...)

6. Participar en el mercado de divisas y ejercer la vigilancia y *regulación del mismo*, en los términos en que convenga con el Ejecutivo Nacional. (cursivas nuestras)

Por último, el artículo 33 de la Ley del Banco Central de Venezuela expresa lo que se transcribe de seguidas:

El diseño del régimen cambiario será regulado por medio de los correspondientes convenios cambiarios que acuerden el Ejecutivo Nacional, a través del Ministro o Ministra encargado(a) de las Finanzas y el Banco Central de Venezuela, por intermedio de su Presidente o Presidenta. (cursivas nuestras)

Como puede observarse, estos artículos establecen en forma clara y expresa lo siguiente:

a) La posibilidad por parte del Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela de regular todo lo correspondiente al sistema cambiario del país, a través de la figura de los *convenios cambiarios*, por los que “podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional” (art. 112).

b) El poder del Banco Central de Venezuela para regular “en los términos que convenga con el Ejecutivo Nacional, la negociación y el comercio de divisas en el país; las transferencias o traslados de fondos, tanto en moneda nacional como en divisas, del país hacia el exterior o desde el exterior hacia el país, así como los convenios internacionales de pago” (art. 110).

c) La facultad al Banco Central de Venezuela de regular el mercado de divisas en los términos que convenga con el Ejecutivo Nacional, lo que puede ser hecho por los correspondientes convenios cambiarios suscritos entre el Banco Central de Venezuela y el Ministerio de Finanzas (arts. 7, N° 6 y 33).

Ahora bien, cuando comparamos estas normas con las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, nos encontramos que tienen serias contradicciones. En efecto, según nuestra Carta Magna en su artículo 156, numeral 11, “[e]s de la competencia del Poder Público Nacional: [l]a regulación de la banca central, del

sistema monetario, *del régimen cambiario*, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda” y luego el artículo 187 *ejusdem* dispone que “[c]orresponde a la Asamblea Nacional [...] 1. Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional” (los resaltados son nuestros).

La exclusividad en la regulación del régimen cambiario por parte de la Asamblea Nacional fue reconocida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al anular varios artículos de la Ley de Régimen Cambiario de 1995, en un fallo de fecha 21 de noviembre de 2001, por violación de los principios de separación de los poderes y de reserva legal, al cual haremos referencia más adelante.

Según nuestra Constitución, la regulación del régimen cambiario es competencia de la Asamblea Nacional, por lo que normas como los precitados artículos 110 y 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela, concordados con los artículos 7, numeral 6, y 33 *ejusdem*, es obvio que no podían dictarse sin incurrir en nulidad porque con ellos se está transfiriendo al Poder Ejecutivo, sin que lo permita nuestra Carta Magna, la emisión de normas que regulen el régimen cambiario, las cuales pueden tener, como la ha tenido, una incidencia enorme en la vida de los ciudadanos. Con ello se viola el principio de separación de los poderes establecido en el artículo 136 *ejusdem*, según el cual “[e]l Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional” y el Poder Público Nacional “se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”. Según el mismo artículo, “[c]ada 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”.

Por otro lado, la misma Constitución expresa que “[e]sta Constitución y las leyes definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen” (resaltado nuestro).

Resulta claro, entonces, que si la Constitución expresamente atribuye al Poder Legislativo Nacional la regulación del régimen cambiario, mal puede este órgano transferir esa competencia al Poder Ejecutivo Nacional de manera permanente, abierta e ilimitada, ya que con ello se está violando el principio de reserva legal según el cual existen ciertas materias que, por lo trascendental en la vida de los ciudadanos, no pueden ser reguladas sino por ley, quedando solamente al Poder Ejecutivo la posibilidad de su reglamentación, de acuerdo con el numeral 10 del artículo 236 de la Carta Magna. Únicamente, en casos excepcionales, el régimen cambiario puede ser regulado por normas de rango legal (Decretos-Leyes), dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional, lo que solamente es posible cuando el Presidente de la República haya declarado un Estado de Excepción, de conformidad con el artículo 236, numeral 7, *ejusdem*, en concordancia con los artículos 337, 338 y 339 de la propia Constitución y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, o porque las permita una Ley Habilitante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 236, numeral 8, de nuestra Ley Superior.

Lo anterior no puede ser de otra manera porque el régimen cambiario es una materia indispensable para el completo ejercicio de varios derechos y libertades constitucionales establecidos por la Constitución a los ciudadanos, entre los que destaca la libertad económica, establecida en el artículo 112 *ejusdem* según el cual “(t)odas las personas pueden dedicarse *libremente* a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y *las que establezcan las leyes* por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social” (destacados nuestros).

Esta libertad económica para poder llevarse a cabo, requiere, entre otras cosas, de la existencia de la libre convertibilidad de la moneda, sin la cual aquélla no puede ser efectiva. Por ello, cuando se regula el régimen cambiario, se están estableciendo limitaciones a la libertad económica, lo cual solamente puede hacerse por ley ya que, de conformidad con el artículo 156, numeral 32, de la Constitución, es competencia del Poder Nacional “la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales” y tal legislación, según el artículo 187, numeral 1, del Texto Fundamental, corresponde a la Asamblea Nacional.

Tal como lo expresa un importante autor venezolano, dentro de un sistema económico como el establecido en la Constitución, en el cual se garantiza la libertad económica, es decir, el derecho de todos de dedicarse libremente a las actividades económicas de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las que establezcan las leyes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, “el régimen jurídico de la moneda es pieza fundamental”. En efecto, “de acuerdo al sistema de libertad económica que existe constitucional y legalmente en Venezuela, el régimen de la moneda se caracteriza por los siguientes principios: la libre convertibilidad de la moneda; la libertad de cambios; y el curso legal de la moneda nacional y su poder liberatorio de los pagos”².

Por ello, la Constitución ha establecido que “la regulación de la banca central, del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de la moneda” es competencia del Poder Nacional (artículo 156, numeral 11), de manera que su legislación sea dictada solamente por la Asamblea Nacional (artículo 187, numeral 1). Es decir, tales aspectos son materia de reserva legal.

Ciertamente, la libertad económica, como otros derechos como el de la propiedad, no pueden ser limitados sino por leyes, por lo que disposiciones como los artículos 110 y 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela, en concordancia con los artículos 7, numeral 6, y 33 *ejusdem*, que dan a esta última institución y al Poder Ejecutivo Nacional facultades para regular el régimen cambiario, entre otras materias, sin ninguna restricción y de manera definitiva, viola el principio de reserva legal ya que, con ello, tales órganos e institución pueden limitar los derechos constitucionales y las libertades públicas, concretamente la libertad económica, para la que es fundamental y consustancial la existencia de un régimen cambiario en el que haya seguridad jurídica, el cual si queda en manos del Poder Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela de manera definitiva, produciría una situación de incertidumbre inconveniente para los ciudadanos que se quieran dedicar o se dediquen a una actividad económica.

Precisamente, la seguridad jurídica es el objetivo del principio de reserva legal, lo que sólo puede lograrse estableciéndose de manera expresa, como lo hizo la Constitución venezolana, que los derechos y libertades constitucionales únicamente pueden ser regulados o limitados por el Poder Legislativo Nacional (artículos 156, numeral 32, y 187, numeral 1) y muy excepcionalmente por el Presidente de la República a través de Decretos-Leyes.

Tal como lo dijo el Tribunal Constitucional español, en sentencia del 24 de julio de 1984:

2 BREWER-CARÍAS, Allan R., *Régimen Cambiario*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, p. 15.

Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. *Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del Ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos.* El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sin que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador. (Cursivas nuestras) (citada por Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen Primero, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000, pp. 607-608).

Como bien lo dice otro importante autor patrio, esta sentencia “resulta pertinente en nuestro Ordenamiento, en virtud de que el citado artículo 236, N° 10 constitucional (...) permite la reglamentación de las leyes dictadas en materia de reserva legal, pero atendiendo a límites muy precisos, a fin de evitar que de esa manera se eludan las disposiciones de la Constitución consagradoras de reservas legales. Y quizás lo más importante de resaltar de dicho fallo sea que atendiendo a los más modernos lineamientos doctrinarios concibe a la reserva legal *como una garantía esencial del Estado de Derecho, cuya finalidad última es la preservación de los ámbitos de libertad de los ciudadanos, los cuales quedarían a discreción del gobierno si mediante la referida técnica no fuesen sustraídos de su esfera de competencia*, logrando de esa manera, como expresa la sentencia, que *materias tan esenciales a la libre convivencia social, como son la libertad y la propiedad, sean disciplinadas por el órgano teóricamente más representativo, y por ende, más legítimo y plural, como lo es el Parlamento* (Cursivas nuestras)³.

En este sentido, este autor ha expresado que “[r]eiteramos que la reserva legal contiene un mandato positivo para el legislador que lo obliga a disciplinar toda la materia, pudiendo remitir al reglamentista el establecimiento de detalles para la mejor ejecución de la ley”. Y agrega: “deben considerarse prohibidas las remisiones genéricas que posibiliten en realidad un “*reglamento independiente*” y “[t]ampoco son admisibles en este campo, inclusive en los países que los contemplan en sus ordenamientos, los reglamentos delegados, en virtud de que constituirían una infracción directa de las normas constitucionales que consagran la reserva legal”⁴.

Al respecto, dicen los constitucionalistas españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández lo siguiente:

La materia del impuesto y la de las penas, como tradicionales de la reserva material de la Ley, van a abstraerse para concluir generalizándose en la propiedad [...] y en la libertad; éstos serían los valores sustanciales protegidos al reservar a la Ley el establecimiento de impuestos y de penas. Pero a la vez, esta generalización se encontrará apoyada en toda la filosofía ilustrada y liberal, especialmente en Locke, y en la teoría democrática de la Ley, esto es, en Rousseau. *Asegurar la propiedad y la libertad (the mutual preservation of their lives, liberties and states: Locke) serían los fines centrales del Estado, de modo que cualquier limitación de las mismas, siempre excepcional y circunscrita, no puede venir más que por la norma soberana* y en modo alguno por disposiciones abiertas e ilimitadas del Rey; las Cámaras están sustancialmente para proteger frente al Rey esos fines supremos y, por tanto, sólo a ellas toca intervenirlos o afectarlos. La definición de la libertad como materia reservada a la ley encuentra, en fin, en la doctrina rousseauiana de la Ley su justificación final: *la libertad es un estado previo y cualquier limitación a la misma no puede venir*

3 PEÑA, *ob. cit.*, p. 608.

4 PEÑA, *ob. cit.*, p. 607.

*más que de la voluntad general, esto es, de una decisión de la representación nacional, de la Ley, por consiguiente.*⁵ (Curvisas nuestras).

Ya la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 expresó que “[l]a libertad consiste en hacer todo lo que no perjudica a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. *Estos límites no pueden ser determinados más que por la Ley*”, de manera que, como dicen los antedichos autores españoles, “[t]odo ataque contra la esfera de libertad de los ciudadanos se hace depender del consentimiento expreso de sus representantes; el Ejecutivo, sin ese consentimiento (Ley), nada puede por sí solo en ese terreno”⁶.

Concluyen estos importantes autores españoles en este punto lo siguiente:

El resultado que con ello se obtiene es muy importante: si la propiedad y la libertad constituyen las verdaderas materias reservadas a la Ley, resulta entonces que *toda norma imperativa impuesta a un súbdito, en cuanto implica una restricción de su libertad, debe ser objeto de una Ley y no entra entre las posibilidades del Reglamento por sí solo*. La obligación de observar una determinada conducta o de proscribir otra cualquiera sólo puede legitimarse en la Ley, como la exacción de cualquier porción patrimonial o la limitación o intervención sobre las propiedades y bienes de los súbditos. (cursivas nuestras)⁷.

Es cierto que el artículo 318 de la Constitución dispone que el Banco Central de Venezuela “tendrá entre sus funciones las de formular y ejecutar la política monetaria, *participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria*, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley”, pero debe observarse que en dicha disposición se habla solamente de “políticas cambiarias” y no de “regulaciones cambiarias”, las que necesariamente deberán ser dictadas por la Asamblea Nacional porque implicarían limitación de derechos constitucionales (resaltado nuestro). De esta manera, no queda en nada modificado el principio de la reserva legal a favor del Poder Legislativo Nacional, por cuanto a la Asamblea Nacional corresponderá la regulación de la materia cambiaria y al Poder Ejecutivo, conjuntamente con el Banco Central de Venezuela la fijación de políticas⁸.

Ciertamente, parece ser la intención del Constituyente que todas las decisiones administrativas que tienen que ver con el sistema monetario nacional y las políticas cambiarias deban ser adoptadas por el Banco Central de Venezuela en coordinación con el Poder Ejecutivo Nacional, y para ello se ha establecido la figura de los *convenios cambiarios*, de manera que las competencias que tienen ambos en la materia sean coordinadas a través de estos. En efecto, según el artículo 320 de la Carta Magna, “[e]l Estado debe promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social”, norma ésta que, por cierto, al igual que el artículo 318 constitucional, se repite en la propia Ley del Banco Central de Venezuela (artículos 5 y 7).

5 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, Caracas, 1990, p. 259.

6 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 260.

7 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 260

8 Además de esta irregularidad en el sentido de que solamente le corresponde al Banco Central de Venezuela “ejecutar la política cambiaria” pero no regularla, como lo hacen los convenios cambiarios, el Ejecutivo Nacional creó un órgano administrativo que realiza la ejecución de la política cambiaria (CADIVI), cuando ello es competencia del Banco Central de Venezuela, de conformidad con el artículo 318 de la Constitución.

Para lo anterior, según el mismo artículo constitucional 320, “[e]l ministerio responsable de las finanzas y el Banco Central de Venezuela contribuirán a la armonización de la política fiscal con la política monetaria, facilitando el logro de sus objetivos macroeconómicos” y en el ejercicio de sus funciones, dispone el mismo artículo que el Banco Central de Venezuela “no estará subordinado a directivas del Poder Ejecutivo y no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias”.

Por esta razón, entre el Poder Ejecutivo y el Banco Central de Venezuela deberá haber actuaciones coordinadas, que no subordinadas de uno al otro -repite el propio artículo 2 de la Ley del Banco Central de Venezuela que éste “no está subordinado a directrices del Poder Ejecutivo”-, lo cual se hará a través de un acuerdo anual de políticas, en el cual se establecerán los objetivos finales de crecimiento y sus repercusiones sociales, balance externo e inflación, “concernientes a las políticas fiscal, *cambiaría* y monetaria, así como los niveles de las variables e instrumentales requeridos para alcanzar dichos objetivos finales” (artículo 320 de la Constitución, con cursivas nuestras). Esto es desarrollado por los artículos 89 y siguientes de la Ley del Banco Central de Venezuela.

La figura que también puede utilizarse para la coordinación entre las competencias del Poder Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela en esta materia es, como lo hemos mencionado, los *convenios cambiarios*. Sin embargo, la Ley del Banco Central de Venezuela ha establecido en los artículos 110 y 112, en concordancia con los artículos 7, numeral 6, y 33 *ejusdem*, que pueden ser utilizados no sólo para *coordinar* las actividades entre el Poder Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela, sino también para *regular* el régimen cambiario, convirtiéndolos en una suerte de reglamento o resolución (acto unilateral) y por consiguiente, dejan de tener la naturaleza de convenio de Derecho Público de índole interno en la Administración, lo cual no está previsto en la Constitución, para convertirse en actos administrativos unilaterales.

En efecto, cuando revisamos la normativa correspondiente en la Constitución, vemos que los *convenios cambiarios* entre el Poder Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela no pueden ser utilizados para regular el régimen cambiario, con incidencia en la esfera jurídica de los ciudadanos, sino únicamente para acordar el establecimiento de políticas cambiarias o acuerdos de coordinación de índole interno entre ambos. Esta concepción de los *convenios cambiarios* igualmente se observa en los artículos 21, numeral 15 y 46, numeral 2, en concordancia con los artículos 2 y 7, numeral 2, todos de la Ley del Banco Central de Venezuela.

Por lo anterior, cuando hace falta el establecimiento de normas jurídicas de obligatorio cumplimiento para los particulares en materia cambiaria, más allá que el mero diseño de políticas cambiarias, será indispensable que la Asamblea Nacional, si lo considera procedente luego de la realización del procedimiento constitucional respectivo, dicte la ley correspondiente que, en todo caso, sea necesaria y conveniente para el país con las consiguientes limitaciones de los derechos constitucionales involucrados si el interés general así lo aconseja.

Es tan correcto este criterio jurídico que cuando en Venezuela ha hecho falta establecer un régimen cambiario controlado por el Estado, ello lo ha hecho el Poder Ejecutivo, en algunos casos en convenio con el Banco Central de Venezuela, basado en la antigua figura de la suspensión de garantías económicas establecida en la Constitución de 1961. Sin embargo, un control de cambios, ordenado por el Poder Ejecutivo y el Banco Central de Venezuela, actuando pura y simplemente en ejercicio de sus competencias propias originales y en situación de normalidad, no es posible en el sistema jurídico constitucional venezolano.

En efecto, si revisamos lo que ha pasado en Venezuela en esta materia, nos encontraremos, por ejemplo, con el Decreto-Ley N° 268 del 9 de julio de 1994, mediante el cual el Presidente de la República en Consejo de Ministros dictó las “Normas para la administración y obtención de divisas”, que establecieron y regularon un sistema de control de cambios en nuestro país. Este decreto fue dictado por el entonces Presidente de la República, Dr. Rafael Caldera, con fundamento en el Decreto-Ley N° 241 del 27 de junio de 1994, mediante el cual se habían suspendido en todo el territorio nacional diversas garantías constitucionales, entre ellas la prevista en la primera parte del artículo 96 de la Constitución de 1961 que establecía, como ahora lo hace el artículo constitucional 112, aunque con algunas variantes, que “[t]odos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social”.

Posteriormente, el Congreso de la República, mediante Acuerdo de 21 de julio de 1994, restituyó las garantías constitucionales que habían sido suspendidas por el Decreto-Ley N° 241 y mantuvo vigente la suspensión de la garantía prevista en el citado artículo 96 de la Constitución conforme al mencionado Decreto-Ley N° 241. Al día siguiente, el Presidente de la República dictó el Decreto-Ley N° 285, mediante el cual suspendió de nuevo las mismas garantías que había suspendido el Decreto-Ley n° 241 y con fundamento en el mismo dictó el Decreto-Ley N° 286 del 22 de julio de 1994 mediante el cual dictó una reforma parcial del Decreto-Ley N° 268 sobre “Normas para la administración y obtención de divisas”. Luego, mediante Decreto-Ley N° 326 del 31 de agosto de 1994, el Presidente de la República volvió a reformar parcialmente el Decreto-Ley N° 286 y en consecuencia estas normas quedaron refundidas en el Decreto-Ley N° 326 del 31 de agosto de 1994 que estableció en Venezuela un régimen de control de cambios.

Lo que queremos destacar con toda esta narración es que el Presidente de la República del período constitucional 1994-1999 se vio obligado, para establecer un régimen de control de cambios -una vez que habían sido restituidas en Venezuela las garantías económicas en 1989 luego de haber estado por muchos años suspendidas- a dictar previamente un decreto-ley de suspensión de garantías económicas ya que se consideraba, como lo destaca un importante autor patrio, que:

[...] conforme al artículo 96 de la Constitución, la garantía constitucional que se establece para el ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica, es que éste *sólo puede estar sometido a las limitaciones que se establezcan por ley*, es decir, por los actos que dicten las Cámaras Legislativas actuando como cuerpos colegisladores [...]; en otras palabras, la garantía constitucional de ese derecho constitucional (*sic*) es que en circunstancias normales *el Ejecutivo Nacional no puede limitar el derecho al libre ejercicio de las actividades económicas* (cursivas nuestras).⁹

Ahora bien, como bien lo dice el mismo autor:

[a] suspenderse dicha garantía constitucional, lo que sólo debe ocurrir en caso de circunstancias extraordinarias, ello significa, ni más ni menos, que las limitaciones al ejercicio de tal derecho, mientras dura la suspensión, no son de la “reserva legal”, es decir, de la exclusiva potestad del Legislador, sino que pueden establecerse por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. Eso, en realidad, es todo lo que en esta materia de libertad económica significa la suspensión de garantías de las mismas.¹⁰

Precisamente por ello es que el Presidente de la República pudo dictar los decretos-leyes “cuyo contenido establecedor de un régimen de control de cambios, en circunstancias normales, *sólo hubiera podido ser establecido por las Cámaras Legislativas* pues el

9 BREWER-CARÍAS, *ob. cit.*, p. 10.

10 BREWER-CARÍAS, *ob. cit.*, p. 10.

mismo implica un cambio en el régimen jurídico de la moneda” (resaltado nuestro)¹¹. Ello porque el sistema de libertad económica que existía en la Constitución de 1961 y que se mantiene en la actual implica los principios de la libre convertibilidad de la moneda, la libertad de cambios y el curso legal de la moneda nacional y su poder liberatorio de los pagos.

Pero este criterio no solamente se aplicó en 1994. En fechas anteriores, el establecimiento de un régimen de control de cambios se sustentó en una previa suspensión o restricción de garantías constitucionales que permitía al Ejecutivo Nacional adoptar una decisión de esa envergadura y de incidencia enorme en la vida económica de los venezolanos. Así pasó en los años cuarenta, cuando ya estaba vigente la suspensión de garantías económicas antes aludida, la cual se mantuvo hasta dictarse el famoso Decreto n° 76 del 12 de marzo de 1989, a través de ratificaciones sucesivas hechas por los correspondientes Presidentes de la República en la oportunidad de la promulgación de las Constituciones de 1947, 1953 y 1961; en 1960, también basado en Decreto-Ley de restricción de garantías económicas, fue dictado el Decreto N° 390 del 8 de noviembre de ese año, que confirmó y amplió el régimen de control de cambios de los años cuarenta, el cual fue reformado por los Decretos-Leyes N° 480 del 17 de marzo de 1961 y 492 del 1° de abril de 1961.

Este criterio según el cual la regulación del régimen cambiario y por consiguiente, el establecimiento de régimen de control de cambios requiere ser realizado a través de normas de rango legal para que sea válido, fue el que asumió la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha del 21 de noviembre de 2001, en la que declaró con lugar el recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad, interpuesto contra la Ley sobre Régimen Cambiario y, en consecuencia, anuló las disposiciones contenidas en los artículos 2, 6, 26 y 27 de esa ley, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4.897 Extraordinario del 17 de mayo de 1995.

En efecto, el artículo 2 de la Ley sobre Régimen Cambiario señalaba textualmente lo siguiente:

El Presidente de la República en Consejo de Ministros, podrá establecer restricciones o controles a la libre convertibilidad de la moneda, cuando su necesidad y urgencia surja de la realidad económica y financiera del país. El Ejecutivo Nacional podrá crear o designar un organismo con el fin de coordinar la aplicación de esas restricciones o controles y los convenios cambiarios correspondientes (resaltado nuestro).

En esta sentencia, la Sala Constitucional, a los fines de motivar y fundamentar la nulidad de éste y otros artículos, señaló como criterio vinculante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 335 constitucional, que la norma legal en cuestión contenía la posibilidad de regulaciones y restricciones o controles al sistema monetario y cambiario que contrariaban el principio de reserva legal. Tales regulaciones o limitaciones, según el Tribunal Supremo:

[n]o se encuentran dentro de las potestades asignadas al Ejecutivo Nacional ni en la Constitución de 1961, ni tampoco en el Texto Fundamental vigente, para ello, éste deberá, en todo caso, ser facultado expresamente por la Asamblea Nacional mediante ley habilitante, cuando así lo requiera el interés público; por tal motivo, la delegación que hiciere el Poder Legislativo a objeto de que el Ejecutivo determine la organización o cualquier otra previsión de rango sublegal con relación a esa materia, teniendo como único fundamento una simple disposición legal -como las impugnadas en

11 BREWER-CARÍAS, *ob. cit.*, p. 10.

autos-, constituye una extralimitación de las funciones que de manera expresa confiere la Constitución al Poder Legislativo Nacional, a tenor de lo previsto en los artículos 156 numeral 11 y 187, numeral 1 de la vigente Carta Fundamental, toda vez que *éste no podría delegar al Ejecutivo sino en virtud de una ley habilitante o autorizatoria, de lo contrario, se estaría permitiendo que el Ejecutivo invada el ámbito de competencias de las cuales sólo puede hacer uso el Poder Legislativo* (destacado nuestro).

Para fundamentar su aserto, la Sala Constitucional expresó que “la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, *sólo pueden ser reguladas mediante ley*, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal” (destacado nuestro).

Ahora bien, dijo la Sala Constitucional, “en virtud de lo previsto en el artículo 190, numeral 10 de la Constitución de 1961 -hoy artículo 236, numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- el Ejecutivo Nacional puede reglamentar las leyes que se dicten en materias que pertenezcan a la reserva legal, incluso cuando tengan carácter de leyes orgánicas; lo que permite la participación del Poder Ejecutivo en el desarrollo de los principios contenidos en la Ley, siempre que no altere su espíritu, propósito y razón, y sin que ello pueda significar, en modo alguno, el otorgamiento al Presidente de la República de la potestad de legislar en torno a la materia o materias específicas que estén delimitadas por la ley”.

Así, según la Sala Constitucional:

[e]l principio de reserva legal contiene una obligación para el legislador de regular en el texto de la Ley de que se trate, toda la materia relacionada con ésta, de tal manera que sólo puede remitir al reglamentista la posibilidad de establecer o fijar los detalles de su ejecución, esto es, explicar, desarrollar, complementar e interpretar a la Ley en aras de su mejor ejecución, estando prohibidas por constituir una violación a la reserva legal, las remisiones ‘genéricas’ que pudieran originar reglamentos independientes, o dar lugar a los reglamentos ‘delegados’.

De acuerdo con este fundamento jurídico, la Sala Constitucional consideró que una ley es susceptible de ser reglamentada por el Ejecutivo Nacional, a tenor de lo previsto en el artículo 190, numeral 10, de la Constitución de 1961 -artículo 236, numeral 10, de la Constitución vigente-, aunque la materia sea de reserva legal, “pues esa facultad reglamentaria dimana de la propia Constitución”, pero destacó que esa facultad del Ejecutivo no permite al Ejecutivo Nacional establecer las restricciones o limitaciones de los derechos constitucionales, pues tal competencia “sólo podía ser ejercida previa autorización del Poder Legislativo Nacional mediante ley habilitante, conforme a lo previsto en el artículo 190, ordinal 8 de la Constitución de 1961 (hoy artículo 236 numeral 8 de la Constitución de la República de Venezuela)”.

Dijo la Sala Constitucional, además, en esta sentencia de noviembre de 2001 que:

[a]l disponer en sus artículos 2 y 6 (de la Ley de Régimen Cambiario) la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional establezca restricciones al régimen cambiario con fundamento única y exclusivamente en dicho instrumento normativo *violentaba el principio de reserva legal y separación de poderes* contenidos en los artículos 117 y 118 de la Constitución derogada (136 y 137 del Texto Constitucional vigente), pues tal y como se indicó anteriormente, *la legislación en materia de régimen cambiario constituye una competencia asignada al Poder Legislativo Nacional, que éste no puede delegar en el Ejecutivo Nacional*, salvo en los casos previstos en el artículo 190, ordinal 8° de la Constitución de 1961 y que hoy consagra el artículo 236 numeral 8 del Texto Constitucional vigente (resaltado nuestro).

Sin embargo, pese al criterio interpretativo vinculante establecido sobre la materia por esta Sala Constitucional, la Asamblea Nacional con posterioridad reformó la Ley del Banco Central de Venezuela, por ley publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.606 Extraordinario, de fecha 18 de octubre de 2002, pero ratificó el contenido de los artículos 110 y 112, que concordados con los artículos 7, numeral 6, y 33, reeditan el artículo 2 de la Ley sobre Régimen Cambiario que esta Sala había expresamente anulado.

En efecto, el artículo 110 de la Ley del Banco Central de Venezuela dice lo siguiente:

El Banco Central de Venezuela regulará, en los términos que convenga con el Ejecutivo Nacional, la negociación y el comercio de divisas en el país; las transferencias o traslados de fondos, tanto en moneda nacional como en divisas, del país hacia el exterior o desde el exterior hacia el país, así como los convenios internacionales de pagos.

En la regulación que dicte al efecto, el Banco Central de Venezuela podrá establecer requisitos, condiciones y procedimientos en relación con las materias a que se refiere el presente artículo (resaltados nuestros).

Igualmente, el artículo 112 *ejusdem* es del tenor siguiente:

Los convenios cambiarios que celebren el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela regularán todo lo correspondiente al sistema cambiario del país. Éstos podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional cuando se considere necesario para su estabilidad, así como para la continuidad de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimientos inconvenientes de capital (resaltados nuestros).

Estas disposiciones de la Ley del Banco Central de Venezuela, concordadas con los artículos 7, numeral 6, y 33 *ejusdem*, que establecen que esta última institución tendrá a su cargo la regulación del mercado de divisas en los términos que convenga con el Ejecutivo Nacional y que el diseño del régimen cambiario será regulado por medio de los correspondientes *convenios cambiarios* que acuerden el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela, contienen los mismos vicios que la Sala Constitucional detectó en el artículo 2 de la Ley de Régimen Cambiario, de acuerdo con la sentencia del 21 de noviembre de 2001.

Efectivamente, tal como fue expuesto, el citado artículo 2 fue anulado en virtud de que el mismo facultaba al Ejecutivo Nacional *para establecer restricciones a la libre convertibilidad de la moneda* y justamente los artículos 110 y 112 de la Ley del Banco Central, en concordancia con los artículos 7, numeral 6, y 33 *ejusdem*, establecen la misma facultad al permitir la regulación por parte del Banco Central de Venezuela en acuerdo con el Ejecutivo Nacional del comercio de divisas en el país y que tales convenios que celebren el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela *“podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional”*.

Es decir, las normas arriba citadas facultan a autoridades administrativas para limitar o restringir las libertades públicas y los derechos constitucionales, asunto que es de indudable reserva legal como lo estableció la Sala Constitucional en su sentencia del 21 de noviembre de 2001 y por ello, al igual como se hizo con el artículo 2 de la Ley de Régimen Cambiario, los artículos 110, 112, junto con los artículos 7, numeral 6, y 33, todos de la Ley del Banco Central de Venezuela, debía considerarse que están viciados de nulidad.

Sin embargo, la propia Sala Constitucional, pese a este criterio tan sólido que había establecido pocos años antes e integrada por los mismos magistrados que decidieron el caso anterior, lo cambió sorpresivamente y dictó sentencia en fecha 17 de agosto de 2004 diciendo, entre otras cosas, lo siguiente:

En este sentido, la reserva legal adquiere hoy un significado distinto respecto de la posibilidad de que el legislativo disponga libremente de las materias que la Constitución le reserva. Así, *la reserva no impide al legislador a apelar a la colaboración de normas sublegales para regular la materia reservada* y esta colaboración no deja de ser una técnica de normación legítima, siempre que se mantenga dentro de los límites que ésta impone a la propia ley, pues sería absurdo pensar que la reserva de ley implica la obligación del legislador de establecer hasta sus últimos detalles la disciplina de una materia.

De este modo, *la reserva de ley implica una intensidad normativa mínima sobre la materia que es indisponible para el propio legislador, pero al mismo tiempo permite que se recurra a normas de rango inferior para colaborar en la producción normativa más allá de ese contenido obligado*. El significado esencial de la reserva legal es, entonces, obligar al legislador a disciplinar las concretas materias que la Constitución le ha reservado.

Sin embargo, *dicha reserva no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas sublegales, siempre que tales remisiones no hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley*, por lo que no son admisibles las llamadas “deslegalizaciones” que se traducen en cláusulas generales que dejen en manos de otros órganos del Poder Público, sin directrices ni objetivos, la responsabilidad de regular materias reservadas a la ley.

A partir de esta exigencia, caben diversas gradaciones según el ordenamiento sectorial en el que se haya constituido la reserva. Así, su intensidad deberá ser mayor cuanto más directamente la regulación de la materia afecte a los derechos fundamentales. No obstante, esta intensidad decrece en aquellos casos en los cuales el ejercicio de los derechos individuales se cruza con aspectos que involucran la función social o el interés general.

También se debe señalar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela carece de disposiciones que regulen de manera general el ámbito material de las leyes y tampoco contienen una enunciación concreta y completa de las materias reservadas a la ley. No obstante, incluye un número elevado de remisiones a la ley, sin emplear una terminología unívoca al respecto, de las cuales se puede colegir la remisión al legislador de la regulación de determinadas cuestiones y, por consiguiente, el establecimiento de una reserva de ley a favor de ellas.

Sin embargo, no todas las referencias que hace la Constitución a la ley establecen realmente una reserva legal; algunas de esas menciones están hechas en un sentido inespecífico, que alude lo mismo a la ley o a cualquier norma jurídica y otras, analizadas en su contexto, no persiguen reservar a la ley la materia objeto de la regulación. De allí que las alusiones a la ley que contiene el Texto Fundamental deben ser analizadas casuísticamente para determinar si efectivamente constituyen una reserva de ley.

(...)

No obstante, de los preceptos antes transcritos no se puede deducir, *prima facie*, que la Constitución prevea para todos los aspectos referidos a las materias competencia del Poder Nacional, que deban ser regulados mediante ley formal dictada por la Asamblea Nacional. Por el contrario, si se estudia detenidamente el ordenamiento constitucional que señala las atribuciones del Poder Nacional, se observa que las materias asignadas a su competencia no son susceptibles de igual grado de desarrollo legislativo.

Desde una perspectiva pragmática, es preciso reconocer que el legislador no puede regular con igual intensidad la totalidad de las materia que competen al Poder Público Nacional, en especial, aquellas que, dada la dinámica de su substrato material, se muestran técnicamente complejas. Así, no es igual el tratamiento normativo que hace el legislador cuando disciplina la materia referida a la naturalización, la admisión, la extradición y expulsión de extranjeros, que la materia relativa al sistema financiero o a la actuación internacional de la República o al régimen del comercio exterior.

Ello así, existen materias en las cuales el Poder Legislativo puede regular íntegramente el asunto con todos los detalles y pormenores que juzgue conveniente. Mientras que en otras, tal regulación resulta materialmente imposible dada su complejidad, la falta de especialización técnica del legislador y lo cambiante de las condiciones fácticas que justifican la regulación como instrumento de política pública. En definitiva, para determinar los niveles apropiados de intensidad en cuanto a la normación por instrumento de rango legal de las materias atribuidas al Poder Público Nacional, es necesario apelar a una racionalidad material que supere los límites que impone la mera lógica formal.

Esta limitación instrumental de agotar en la ley la regulación de la materia reservada, ha sido reconocida por el legislador al habilitar a antes u órganos especializados de la Administración para dictar normas sublegales a fin de que éstos regulen importantes aspectos de diversos ordenamientos sectoriales (resaltados nuestros).

El anterior razonamiento sirvió para que la Sala Constitucional concluyera, en un criterio opuesto al que había adoptado en sentencia de 21 de noviembre de 2001, que en el actual régimen cambiario y concretamente en la Ley del Banco Central de Venezuela no hay violación del principio de la reserva legal, agregando, además, las siguientes razones:

Ello así, considera la Sala que la remisión hecha por el legislador a los convenios cambiarios para la regular la negociación y comercio de divisas, las transferencias o traslados de fondos hacia o desde el exterior y los convenios internacionales de pago, no hacen posible una regulación independiente del régimen cambiario consagrado en la misma Ley del Banco Central de Venezuela, por lo que dichos convenios se encuentran claramente subordinados a ésta; por consiguiente, la remisión que hizo el legislador no constituye un caso de “deslegalización” que infrinja la reserva legal de la materia cambiaria. Así se decide.

Adicionalmente, la Sala Constitucional distinguió entre aspectos monetarios y cambiarios para determinar que la Ley del Banco Central de Venezuela no es inconstitucional:

Ahora bien, establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional, es limitar o restringir su conversión en divisas por el propio Banco Central de Venezuela, lo cual, es distinto a la regulación del mercado nacional de divisas o a la regulación de la circulación de la moneda extranjera en el país, materias propias del régimen cambiario. Así, la convertibilidad externa de la moneda es un aspecto eminentemente monetario, no cambiario, ya que dicha convertibilidad constituye la base fiduciaria que respalda la circulación de la moneda, por lo cual, su regulación forma parte de las potestades monetarias que la Constitución y la Ley atribuyen al Instituto Emisor.

(...)

Ahora bien, la Constitución es un conjunto sistemático de principios y normas racionalmente entrelazados, informadas por una filosofía política determinada, según la cual se organizan los Poderes Públicos, se atribuyen competencias a los órganos del Estado y se fijan las metas de su actuación. Ello así, ninguno de sus preceptos debe considerarse de manera aislada, ni superflua ni independiente de lo demás, ya que su sentido y alcance se encuentra conectado con los restantes preceptos constitucionales. De este modo, la interpretación sistemática de la Constitución obliga a entender sus normas en armonía, sin magnificar el sentido de algunos preceptos, ni minimizar el de otros, con el propósito de compatibilizarlos positivamente para garantizar su homogeneidad, cohesión y coherencia.

Desde esta perspectiva, el análisis sistemático de los artículos 318 y 320 de la Constitución permite afirmar que las competencias constitucionalmente atribuidas al Instituto Emisor para lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria, deben ser ejercidas en coordinación con la política económica general formulada por el Ejecutivo Nacional. Así, cuando el artículo 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela permite el establecimiento de limitaciones y restricciones a la libre convertibilidad de la moneda por la vía de los con-

venios cambiarios, le reconoce al Ente Rector del Sistema Monetario Nacional el ejercicio, en coordinación con el Ejecutivo Nacional, de las competencias que constitucionalmente le fueran atribuidas con el propósito de lograr la estabilidad de los precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria; en consecuencia, el establecimiento de tales limitaciones o restricciones no constituye infracción de la reserva de ley de la materia cambiaria. Así también se decide.

Sobre otros derechos denunciados como violados por los recurrentes, la Sala Constitucional dejó establecido lo siguiente:

Los accionantes también denunciaron que las normas legales impugnadas contravienen lo dispuesto por los artículos 115, 50 y 112 de la Constitución referidos al derecho de propiedad, al derecho al libre traslado de bienes fuera del país y a la garantías de libertad de elección de la actividad económica preferida, en virtud de que las limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda implican también limitaciones o restricciones al derecho de usar, gozar y disponer del dinero, de trasladarlo en todo el territorio nacional y fuera de él y de realizar las transacciones que se deseen.

Con respecto a lo anterior, es necesario precisar que según el artículo 104 de la Ley del Banco Central de Venezuela, antes citado, el sistema monetario nacional no está basado en el respaldo metálico (oro o plata) del bolívar como signo monetario, sino en el poder liberatorio de las obligaciones pecuniarias que le confiere el carácter de moneda de curso legal que ostentan los billetes y monedas emitidos y acuñados por el Banco Central de Venezuela.

Ello así, no es posible que las limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda que se establezcan por la vía de los convenios cambiarios previstos en el artículo 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela, puedan menoscabar el derecho a la propiedad de los ciudadanos, así como el derecho a trasladar sus bienes y pertenencias fuera del país. Así se decide.

Con relación a la limitación a la libertad económica que, en criterio de los recurrentes, estaba siendo vulnerado gravemente por las restricciones impuestas por los convenios cambiarios, la Sala Constitucional dijo lo siguiente:

[...] la Sala advierte que la libertad de dedicarse a la actividad económica de su preferencia reconoce, por una parte, el derecho de toda persona de iniciar y sostener cualquier actividad económica con las limitaciones y restricciones impuestas por el ordenamiento jurídico y, por la otra, la obligación del Estado de abstenerse de imponerle a las personas el desempeño de una determinada ocupación. Así, el Estado no puede obligar a nadie a ser comerciante, agricultor, ingeniero o abogado, sin embargo, la actividad económica que se decida libremente ejercer, puede estar sometida a las limitaciones o restricciones que por razones de interés social se establezcan.

[...]

En virtud de lo anterior, esta Sala considera que las limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda impuestas por la vía de las normas impugnadas no limitan o restringen, de ninguna manera, la libertad de los ciudadanos de escoger la actividad económica en la cual prefieran desempeñarse consagrada en el artículo 112 de la Constitución. Así se decide.

Como puede verse, pese a una argumentación tan fuerte que podía haber sustentado fehacientemente la inconstitucionalidad de la Ley del Banco Central de Venezuela y de todo el régimen cambiario establecido por el Presidente de la República y el Banco Central de Venezuela en febrero de 2003, apoyada nada más y nada menos en la jurisprudencia de la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en un caso muy similar que se puede considerar reeditado por el presente, esta Sala, sin embargo, declaró sin lugar las demandas de nulidad intentadas por infringir la Carta Magna venezolana de 1999, dando un vuelco inexplicable, con argumentos muy pobres y contradictorios en relación con la jurisprudencia anterior, diciendo exactamente lo contrario en una situa-

ción en la que los fundamentos de hecho y de derecho eran prácticamente los mismos. Afortunadamente esta última sentencia contó con los votos salvados de los magistrados Antonio García García y Pedro Rondón Haaz que esperamos que en un futuro se conviertan en el ancla que haga volver las cosas en este tema al lugar en que se habían quedado en la sentencia de la misma Sala de 21 de noviembre de 2001.

Conclusiones: Por los razonamientos antes expuestos y pese a la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 17 de agosto de 2004, puede concluirse lo siguiente:

a) El régimen cambiario venezolano vigente tiene graves problemas de inconstitucionalidad porque *elimina*, no sólo restringe o limita, varios derechos constitucionales como la libertad económica (art. 112), el derecho de propiedad (art. 115), la libre circulación de bienes y personas (art. 50) y el libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 20). Estos derechos únicamente pueden ser restringidos o limitados por ley, lo cual no ocurrió en el régimen cambiario actual porque ello se hizo *eliminando los aludidos derechos* por convenios cambiarios (acto administrativo complejo).

b) La Ley del Banco Central de Venezuela tiene graves problemas de inconstitucionalidad porque viola los principios de separación de los poderes y de reserva legal, establecidos en los artículos 136 y 137 de la Constitución, al transferir al Ejecutivo Nacional y al Banco Central de Venezuela de manera definitiva y permanente la regulación de la materia cambiaria, entre otras, que según la propia Constitución solamente pueden ser regulada por ley de la Asamblea Nacional, de conformidad con los artículos 156, numeral 11 y 187, numeral 1 *ejusdem*, lo cual había quedado claro que era así en sentencia de la Sala Constitucional del 21 de noviembre de 2001, sorpresivamente cambiada por la decisión del 17 de agosto de 2004 pero con argumentos muy débiles.

c) Los *convenios cambiarios* suscritos entre el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela que regulan actualmente el régimen cambiario en Venezuela tienen graves problemas de inconstitucionalidad porque regulan materia de estricta reserva legal, de acuerdo con los artículos 156, numeral 11 y 187 numeral 1 de la Constitución, además de estar basados en una ley, la Ley del Banco Central de Venezuela, que tiene a su vez profundos vicios de inconstitucionalidad como quedó demostrado. También tales *convenios cambiarios* son inconstitucionales porque *eliminan* derechos constitucionales y libertades públicas que únicamente pueden ser restringidos o limitados por ley de la Asamblea Nacional.

§22. LOS BIENES NACIONALES

Lucinda Villareal Corrales

Doctora en Derecho
Universidad Nacional Autónoma de México

Los bienes nacionales son el patrimonio de la Nación Mexicana, son los recursos con los que cuenta el Estado para dar educación, salud, seguridad a la sociedad mexicana. Es deber imponderable conservarlos y utilizarlos para el beneficio de los mexicanos. Los bienes nacionales están regulados en las siguientes leyes:

I. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

En México, de acuerdo con el a.27 constitucional, primer párrafo, la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio Nacional, son propiedad originaria de la Nación, la cual tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Las expropiaciones sólo pueden hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La Ley de Expropiación considera causas de utilidad pública: el establecimiento, explotación o conservación de un servicio público; la apertura, o ampliación o alineamiento de calles, construcción de calzadas; el embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos; la conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades; las satisfacciones de necesidades colectivas; los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz; la equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja; la creación, fomento o conservación de una empresa para el beneficio de la colectividad; las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales; la creación y mejoramiento de centros de población; entre otras.

La ley de Expropiación establece que la indemnización deberá pagarse dentro de un término de un año a partir de la declaratoria de expropiación en moneda nacional, pudiéndose convenir el pago en especie y el precio que se establezca será equivalente al valor comercial que se fije, no puede ser inferior en el caso de bien inmueble, al valor fiscal que conste en las oficinas catastrales o recaudadoras.

El a.27, párrafo 5° de la Constitución Política, nos dice que los bienes nacionales comprenden el subsuelo, los ríos, lagunas, esteros, plataforma continental, zócalos submarinos; todos los minerales que en vetas, mantos, masas o yacimientos; minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria, las piedras preciosas, sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utiliza-

das como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos en el espacio situado sobre el territorio nacional en la extensión y términos que fije el derecho internacional.

Son propiedad de la Nación, también, las aguas de los mares territoriales¹; las aguas marinas interiores, lagunas y esteros que se comuniquen con el mar, los ríos y afluentes directos, manantiales, las que se extraigan de las minas, entre otras. Así mismo, la plataforma continental y zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes.²

La Nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del Mar Territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las Leyes del congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el Mar Territorial.

El dominio de la Nación sobre el subsuelo y las aguas es inalienable e imprescriptible, la explotación y uso de estos recursos por los particulares sólo podrá realizarse mediante concesión, otorgada por el ejecutivo federal, de acuerdo con las leyes de la materia. El petróleo y los carburos de hidrógeno sólido, líquidos o gaseosos de minerales radioactivos no pueden ser materia de concesión o contrato, la Nación llevará a cabo la explotación de estos productos en los términos de la ley reglamentaria respectiva. Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público.

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas, tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras y aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a extranjeros, si éstos convienen ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a los mismos, bajo la pena de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido. En una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

También están sujetos a la jurisdicción de los Poderes Federales, los fuertes, los cuarteles, almacenes de depósito y demás bienes inmuebles destinados por el Gobierno de la Unión al servicio público o al uso común.

II. LA LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES

Esta Ley establece los bienes que constituyen el patrimonio de la Nación; considera bienes nacionales los mencionados por la Constitución en a.27, que ya describimos en párrafos anteriores y los bienes de uso común, los bienes muebles e inmuebles de la Federación, los bienes muebles e inmuebles propiedad de las entidades y de las instituciones de carácter federal con personalidad jurídica y patrimonio propios a las que la Constitución otorga autonomía.

1 Franja de mar de 12 millas adyacente a las costas continentales e insulares de un Estado, situada más allá de su territorio y de sus aguas marinas interiores, sobre cuyas aguas, suelo, subsuelo y espacio aéreo ejerce soberanía. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, Jamaica, 10 de diciembre de 1982.

2 A.42 frac. IV Constitución Política.

Los bienes de uso común son el espacio aéreo situado sobre el territorio nacional; las aguas marítimas interiores y Mar Territorial conforme a la Ley Federal del Mar; las playas marítimas; la zona federal marítimo terrestre; los puertos, bahías, radas y ensenadas; los dique, muelles, escolleras, malecones y demás obras de puertos, cuando sean de uso público; los causes de las corrientes y los vasos de los lagos, lagunas, esteros de propiedad nacional; las presas, diques y sus vasos, canales, bordos y zanjas construidos para la irrigación, navegación y otros usos de utilidad pública, con sus zonas de protección y derechos de vías o riberas de acuerdo con las disposiciones aplicables; los caminos carreteras y puentes y vías férreas que constituyen vías generales de comunicación; los inmuebles considerados monumentos arqueológicos; las plazas, paseros y parques públicos y los demás considerados por las leyes bienes nacionales.

1. La Ley Federal del Mar

Esta Ley establece que la Nación ejerce soberanía en una franja del mar, denominada Mar Territorial, adyacente tanto a las costas nacionales, sean continentales o insulares, como a las Aguas Marinas Interiores. La soberanía de la Nación se extiende al espacio aéreo sobre el Mar Territorial, al lecho y al subsuelo de ese Mar.

La anchura del Mar Territorial mexicano, es de 12 millas marinas (22,224 metros), los límites del Mar Territorial se miden a partir de líneas de base, sean normales o rectas, o una combinación de las mismas. Cualquier esclavo que ingrese al Mar Territorial en una embarcación extranjera alcanzará, por ese solo hecho, su libertad y la protección de las leyes, en los términos del Artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las embarcaciones de todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, gozan del derecho de paso inocente a través del Mar Territorial mexicano.

Aguas Marinas Interiores. La Nación ejerce soberanía en las áreas del mar denominadas Aguas Marinas Interiores, comprendidas entre las costas nacionales, tanto continentales como insulares, y el Mar Territorial mexicano.

La soberanía de la Nación se extiende al espacio aéreo sobre las Aguas Marinas Interiores, al lecho y al subsuelo de esas aguas.

Son aguas Marinas Interiores aquéllas comprendidas entre la costa y las líneas de base, normales o rectas, a partir de las cuales se mide el Mar Territorial e incluyen las aguas de: la parte norte del Golfo de California; las de las bahías internas; las de los puertos; las internas de los arrecifes; y las de las desembocaduras o deltas de los ríos, lagunas y estuarios comunicados permanente o intermitentemente con el mar.

El límite interior de las Aguas Marinas Interiores coincide con la línea de bajamar a lo largo de la costa, cuando esta línea no se toma como base para medir el Mar Territorial, de conformidad con las disposiciones en el Reglamento de la presente Ley, tal como aparezca en las cartas a gran escala reconocidas oficialmente por los Estados Unidos Mexicanos.

Para los efectos del límite interior de las Aguas Marinas Interiores, la línea de bajamar es la línea de mayor flujo y refluo donde llegan las aguas marinas en un momento dado a lo largo de las costas continentales o insulares de la Nación.

El límite exterior de las Aguas Marinas Interiores coincide idénticamente con las líneas de base a partir de las cuales se mide el Mar Territorial, tal como aparezca en las cartas a gran escala reconocidas oficialmente por los Estados Unidos Mexicanos.

La delimitación de Aguas Marinas Interiores en Zonas de colindancia con zonas marinas de jurisdicción nacional de Estados vecinos, se considerará comprendida en la delimitación que sea fijada o acordada para la línea divisoria entre el Mar Territorial mexicano y el Mar Territorial u otras zonas marinas de jurisdicción nacional de esos Estados vecinos, de conformidad con los Artículos 8º y 9º de esta Ley y con las disposiciones pertinentes de su reglamento.

Las embarcaciones extranjeras que naveguen en las Aguas Marinas Interiores quedan sujetas, por ese solo hecho, al cumplimiento de esta Ley, de su Reglamento y de las demás disposiciones legales aplicables de la República.

Zona Contigua. La Nación tiene en una zona contigua a su Mar Territorial, designada con el nombre de Zona Contigua, competencia para tomar las medidas de fiscalización necesarias con el objeto de:

1. Prevenir las infracciones de las normas aplicables de esta Ley, de su Reglamento y de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que pudieren cometerse en el territorio, en las Aguas Marinas Interiores o en el Mar Territorial mexicanos; y

2. Sancionar las infracciones a dichas normas aplicables de esta Ley, de su Reglamento y de esas leyes y reglamentos cometidas en el territorio, en las Aguas Marinas Interiores o en el Mar Territorial.

La Zona Contigua de México se extiende a 24 millas marinas (44,448 metros), contadas desde las líneas de base a partir de las cuales, de conformidad con el Artículo 26 de esta Ley, y con las disposiciones pertinentes de su Reglamento, se mide la anchura del Mar Territorial mexicano.

El límite interior de la Zona Contigua coincide idénticamente con el límite exterior del Mar Territorial, determinado este último de conformidad con el Artículo 27 de la presente Ley y con las disposiciones pertinentes de su Reglamento y que aparezcan en las cartas reconocidas oficialmente por los Estados Unidos Mexicanos.

El límite exterior de la Zona Contigua mexicana, es la línea cada uno de cuyos puntos está, del punto más próximo de las líneas de base del Mar Territorial determinadas en el Artículo 26 de esta Ley, a una distancia de 24 millas marinas (44,448 metros)

De la zona económica exclusiva. La Nación ejerce en una Zona Económica Exclusiva situada fuera del Mar Territorial y adyacente a éste: I. Derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, ya sean renovables o no renovables, del lecho y el subsuelo del mar y de las aguas suprayacentes, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económica de la Zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos; II. Jurisdicción, con relación a las disposiciones pertinentes de esta Ley, de su Reglamento y del derecho internacional, con respecto: 1. Al establecimiento y utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras; 2. A la investigación científica marina; y 3. A la protección y preservación del medio marino; y otros derechos y deberes que fije el derecho internacional.

2. El régimen de dominio Público

La ley General de Bienes Nacionales establece que los bienes nacionales están sujetos al régimen de dominio público o a la regulación específica de las leyes de la materia; están bajo la jurisdicción de los poderes federales. Sólo los tribunales federales son competentes para conocer de los juicios civiles, mercantiles, penales o administrativos, así como de los procedimientos no contenciosos que se relacionen con los bienes sujetos al régimen de dominio público, aún cuando las controversias versen sobre derechos de uso sobre los mismos.

Los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación son inalienables, imprescriptibles e inembargables y no están sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional o alguna otra por parte de terceros.

Las Secretarías de Seguridad pública, de la Defensa nacional y de Marina así como la Procuraduría General de la República, prestarán auxilio con el fin de salvaguardar los intereses patrimoniales de la Nación.

Los particulares y las instituciones públicas sólo podrán adquirir el uso, aprovechamiento y explotación de los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación conforme esta ley y las demás que dicte el Congreso de la Unión.

3. Las concesiones, permisos y autorizaciones

Las concesiones, permisos y autorizaciones sobre los bienes de dominio público no crean derechos reales; otorga sólo frente a la administración y sin perjuicios de terceros el derecho a realizar los usos, aprovechamientos o explotaciones de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes y el título de la concesión, el permiso o la autorización correspondiente.

Las concesiones sobre bienes de dominio directo de la Nación autorizadas por el a.27 Constitucional se registrarán por las leyes reglamentarias respectivas. El Ejecutivo Federal podrá negar la concesión en los siguientes casos: si el solicitante no cumple con los requisitos establecidos en las leyes; si la concesión crea un acaparamiento contrario al interés social; si la Federación o sus entidades deciden emprender una explotación directa de los recursos de que se trate; si los bienes de que se trate están programados para la creación de reservas nacionales, cuando se afecte la seguridad nacional o si existe algún motivo de interés público.

La revocación y la caducidad de las concesiones sobre bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación se dictarán por las dependencias y organismos descentralizados que las hubieren otorgado, previa audiencia que se conceda a los interesados para que presenten pruebas y aleguen los que a su derecho convenga.

Si la declaratoria queda firme, los bienes materia de la concesión, sus mejoras y accesiones pasarán de pleno derecho al control y administración del concesionario, sin pago de indemnización alguna al concesionario.

4. La concesión de inmuebles

Las dependencias administradoras de inmuebles y los organismos descentralizados podrán rescatar las concesiones que otorguen sobre los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación, mediante indemnización, por causas de utilidad, de interés público o de seguridad nacional.³

La declaratoria de rescate hará que los bienes materia de la concesión, vuelvan, desde la fecha de la declaratoria, a la posesión, control y administración del concesionario y que ingresen a su patrimonio los bienes, equipos e instalaciones destinados directamente a los fines de la concesión. El concesionario podrá autorizar al concesionario el retiro y disposición de los bienes, equipos e instalaciones cuando los mismos no fueren útiles al concesionario.

En la declaratoria de rescate se establecerán las bases generales para fijar el monto de la indemnización, tomando en cuenta la inversión efectuada y comprobada, la depreciación de los bienes, equipos e instalaciones. Pero en ningún caso el valor de los bienes concesionados.

Si el afectado estuviese conforme con la indemnización, la cantidad tendrá el carácter de definitiva, si no estuviere conforme, la indemnización la fijará la autoridad judicial, a petición del interesado, quien deberá formularle dentro de quince días contados a partir de que se notifique la resolución que determine el monto de la indemnización.

5. El Registro Público de la Propiedad Federal

Se inscribirán en el Registro las concesiones sobre inmuebles federales, las inscripciones surtirán efectos contra terceros, quedando a salvo los derechos de éstos para hacerlos valer en la vía legal procedente. La Secretaría de la Función Pública es la facultada para inscribir en el Registro la concesión, permiso o autorización, así como gestionar ante el Registro público de la Propiedad que corresponda la ubicación del inmueble, la inscripción de los mismos y las anotaciones marginales necesarias.

6. Las concesiones sobre inmuebles federales

Estas concesiones podrán otorgarse por un plazo de hasta cincuenta años. El cual podrá ser prorrogado una o varias veces sin exceder el citado plazo, a juicio de la dependencia concesionante, atendiendo para su otorgamiento o prórroga: el monto de la inversión; el plazo de amortización; el beneficio social y económico para la región o localidad; la necesidad de la actividad o el servicio; el cumplimiento de las obligaciones; el valor que al término de la concesión de las obras e instalaciones; el monto de la reinversión.

El titular de una concesión gozará de un término equivalente al diez por ciento del plazo de la concesión, previo al vencimiento del mismo, para solicitar la prórroga, respecto de la cual tendrá preferencia sobre cualquier solicitante. Al término del plazo de la concesión o de la prórroga, las obras e instalaciones adheridas de manera permanente al inmueble concesionado pasarán al dominio de la Federación.

3 V. pp. 1 y 2

Las concesiones sobre inmuebles federales se extinguen por cualquiera de las siguientes causas: vencimiento del plazo, renuncia del concesionario ratificada ante la autoridad, desaparición de su finalidad o del bien objeto de la concesión; nulidad, revocación o caducidad; declaratoria de rescate; cuando se afecte la seguridad nacional.

En los Estados Unidos Mexicanos varias leyes federales regulan la concesión entre ellas la Ley de Aguas Nacionales, Ley de Aeropuertos, Ley de Caminos, Puentes y Auto transporte Federal, Ley de Puertos, Ley Federal de Radio y Televisión, Ley Minera entre otras.

§23. ABC PETROLERO

Germán Acedo Payarez

Profesor de la Universidad Metropolitana y
Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Hemos sido un “país petrolero”¹. Buena porción de nuestras empresas públicas han tenido su origen en el “*impuesto de explotación*” cancelado por las empresas: la comúnmente denominada “*regalía*”, que fue el segundo tributo después del Impuesto sobre la Renta². Nuestra cultura ha sido petrolera, lo cual no es ningún “estigma”³ que nos avergüence ante propios ni extraños. Tal ha sido nuestro criterio.

Podemos observar varias etapas históricas:

- a. Régimen concesionario, a partir de Castro y Gómez; hasta 1975, cuando ocurrió la reserva.
- b. Régimen de las asignaciones de Hidrocarburos a partir de 1975, que anteriormente se publicaban en la *Gaceta Oficial* (al igual que las concesiones). Las asignaciones reemplazan a las antiguas concesiones⁴. La reforma de la Ley de Hidrocarburos de 1967 previó parcialmente las *asignaciones*.
- c. Régimen de la “Apertura Petrolera”; a partir de 1992, contrario con el indicado en b)⁵.
- d. Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (1999).
- e. Ley Orgánica de Hidrocarburos (2001).

El régimen legal de nuestros Hidrocarburos fue diverso, hasta que en 1943 se produjo la “Reforma Petrolera” del Presidente Medina Angarita y su magnífico equipo de gobierno. Este excelente texto legal nos rigió hasta 1975, con carácter de exclusividad, pues en lo adelante se aplicó aparentemente la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (LOREICH), siendo reemplazado el texto de 1943 por la Ley Orgánica de Hidrocarburos (2-11-2001). El 12-09-99 fue promulgada la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos.

1 Nunca dijimos que “fuimos un país de Hidrocarburos”. Los Hidrocarburos comprenden por lo menos petróleo (crudo) y gas asociado, y gas no asociado (libre) cuyos yacimientos suelen ser muy ricos entre nosotros, en el Oriente del país, donde fueron descubiertos y cerrados desde la década de 1950.

2 No se conocen las cifras de los impuestos especiales (que incluyen la regalía) porque el SENIAT las considera de “carácter confidencial”, contrariamente a lo que sucedía con anterioridad a 1992.

3 El estigma (del latín *stigma*, marca producida por hierro candente, señal de infamia) sería, en todo caso, el uso que se le haya podido asignar a los recursos. Ha sido nuestra tesis tradicional.

4 Múltiples son las diferencias jurídicas entre las concesiones y las asignaciones: las primeras estuvieron limitadas por el tiempo, no así las asignaciones pero todas lo han estado geográficamente, como ha de ser, en protección de los derechos del Estado y de los terceros.

5 La apertura petrolera se hizo en un todo de conformidad con las Leyes y solamente de entrada produjeron ingresos considerables al Estado venezolano.

En realidad, el régimen legal anterior a las reformas legales de 1999 y 2001, fue claro en cuanto a sus regímenes y aplicación, incluyendo las reformas parciales de 1955 y 1967 de la Ley de Hidrocarburos.

La Constitución de 1961 sirvió de asiento jurídico a la “Reforma Petrolera”, pues en la misma se basaron tanto los *convenios de explotación* (que no requerían autorización del Congreso de la República) como los *convenios de asociación* y de *ganancias compartidas* (que sí la exigían).

Este *ABC* fue escrito en palabras sencillas, para todos los venezolanos, principalmente para los estudiantes.

II. AMBIENTE Y SU PROTECCIÓN

“Es un derecho y deber de cada generación, proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro”^{6 7}.

“Para extraer hierro, cobre y sus minerales, *CVRD* (Companhia Vale do Rio Doce, una de las mayores mineras del mundo), destruyó enormes franjas de la selva atlántica y amazónica brasileña causando deforestación, erosión del terreno y derrame de residuos minerales”⁸.

“Cuando cambiaron las leyes y las normas sobre conducta corporativa, y proliferaron litigios sobre el medio ambiente, aumentó la preocupación en *CVRD* por su historial ecológico, sobre todo después que la empresa se privatizó en 1997”⁹.

“Ahora *CVRD* se está convirtiendo en una especie de vivero para abastecer a otras compañías que trabajan en la menguante selva atlántica, vendiéndoles los árboles y arbustos que reforestaron las minas y los terraplenes”¹⁰.

Vemos de la reseña periodística que una importante empresa minera que ocasionó *deforestación, erosión del terrero y derrame de residuos minerales*; se convirtió en una “especie de vivero para abastecer a otras compañías”.

Hemos citado este valioso ejemplo bastante reciente, relacionado con una empresa *minera*, cuyos daños al ambiente suelen ser superiores y más frecuentes que los de una empresa de *hidrocarburos*; para ilustrar a las más jóvenes acerca de cómo puede contribuirse en forma real y efectiva con la materia ambiental¹¹.

6 Artículo 127 de la CRBV de 1999.

7 Nuestro artículo “La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y los denominados Derechos Ambientales”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI, Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. BREWER*, t. III, Civitas, 2003, p. 2925; contiene algunas observaciones preliminares sobre los artículos, 127, 128 y 129 de la Constitución.

8 El Nacional, “The Wall Street Journal Americas”, 10-6-2005, p. A-18.

9 El Nacional, “The Wall Street Journal Americas”, 10-6-2005, p. A-18.

10 El Nacional, “The Wall Street Journal Americas”, 10-6-2005, p. A-18.

11 En El Universal del 12-6-2005, p. 1-12, se lee acerca de la “Reaparición de la lemna reactiva limpieza lacustre”. Pareciera que se está ante un problema recurrente, es decir, que vuelve a ocurrir después de un intervalo.

III. APERTURAS PETROLERAS

Los “valores fiscales de exportación” (VFE) previstos en el tradicional artículo 41 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, al ser mal utilizados por la IV República, violentaron el principio de capacidad económica contenido en el artículo 223 de la Constitución de 1961 (hoy, 316 de la de 1999)¹².

En efecto, los gobiernos de los años 70 y 80 aumentaron los VFE aplicables a los Hidrocarburos, en procura de mayores presupuestos que “nunca alcanzaban para nada”.

Siempre los hemos comparado con “insaciable cronos”¹³ no en remembranza de la magnífica pintura de Goya, el último de los clásicos; sino del carácter inextinguible del apetito presupuestario de las citadas décadas.

En consecuencia, las Empresas del Estado se vieron forzadas a realizar grandes esfuerzos para poder cubrir los requisitos presupuestarios del Estado venezolano.

Ello significó varias anomalías:

- a. Pocos recursos para explorar;
- b. Baja apreciable de las reservas de Hidrocarburos;
- c. Reducción general en la capacidad de la Industria y su falta de posicionamiento;
- d. Su descapitalización¹⁴.

Lo anterior hizo necesario un magnífico ejercicio liderizado por el experto venezolano Luis Giusti, para sacar a la industria nacional de aquel gran marasmo en que se encontraba¹⁵.

La Apertura, como se la conoce, fue “modelo en su género”: por su claridad, su carácter diáfano y su apego a las Leyes. Significó una prueba de que los venezolanos podemos hacer las cosas bien y con honestidad.

Hoy, se la critica abruptamente, sin decir qué fue, cuáles fueron sus causas y qué significó para el país.

IV. BANCO CENTRAL DE VENEZUELA¹⁶

¿Cuántos venezolanos sabemos cuáles funciones cumple el BCV?

¿Por qué será que el BCV no tiene “chequeras” ni “libretas de ahorro” como los demás bancos?

¿Por qué el BCV no tiene sucursales en todas las ciudades como los demás bancos?

Una de las encuestas a ser promovidas por el BCV sería: ¿Nos conoce el venezolano promedio y las personas más modestas? ¿Cuánto saben de nosotros?

¹² Las cosas no son buenas ni malas perse; depende del uso que se les dé.

¹³ Siempre lamentaré no poder reproducir la genial obra de GOYA en mis escritos.

¹⁴ Estos temas (al igual que muchos otros) no fueron hechos del conocimiento del público en general. Se les trataba, si acaso, en reservados cenáculos.

¹⁵ MARASMO, del griego -marasmos-, agotamiento, como se le emplea en medicina.

¹⁶ El BCV fue originalmente una compañía anónima fundada el 15 de octubre de 1940, con un capital social de diez millones de bolívares.

Lo anterior lo decimos “de buena fe”, porque no tenemos reconcomios con el “Instituto Emisor”, salvo algunas de sus políticas económicas, pero como cualquier profesional preocupado por su país.

¿Cuántos venezolanos sabemos a ciencia cierta que los US\$ que produzca la industria petrolera -lo que queda de la minera-, deben ser vendidas al BCV?

Es más: ¿A quién le interesa tal academicismo inútil?

En realidad, al 99% de los venezolanos les parecerá un requisito legal absolutamente innecesario, sobre todo “ahora que PDVSA es de todos”. ¿Será también de todos el BCV?

¡Hace medio siglo que un venezolano -de los de antes- nos decía que “el problema de Venezuela era la educación”!

¡Han transcurrido 50 años y la situación tristemente continúa siendo la misma!

V. CITGO

Encabezaba, a no dudarlo, la red de refinación y comercialización -en ese mismo orden- de PDVSA en el mercado estadounidense.

Uno de los grandes errores de la IV República fue, a nuestro modesto entender, no haber divulgado en Venezuela, las actividades cumplidas conforme a las leyes venezolanas y norteamericanas, por CITGO, en el exterior de Venezuela.

En efecto, las actividades petroleras siempre estuvieron encubiertos por un *manto grisáceo*, donde los venezolanos en general no tenían mayores conocimientos -ni les interesaba para nada-, salvo la posibilidad de formular alguna crítica injustificada y la más de las veces, hiriente. Ni cuáles eran los tipos de crudo, ni qué era un crudo pesado, ni por qué le inyectan gas a un yacimiento, ni cuáles impuestos cancelar.

Los venezolanos disfrutamos el negocio petrolero pero no lo conocimos: no se nos informó, no lo estudiamos y prácticamente nada sabíamos acerca del mismo, salvo en ciertos sectores para “*criticar los elevados sueldos*”, que en realidad comparaban con la escala de sueldos y remuneraciones de la gerencia de las grandes compañías, que no criticábamos. Curiosa actitud. Adelante.

De CITGO, pues, no teníamos conocimiento. “¿Qué significará ese nombre tan raro?”

Obviamente, al embestir contra la industria petrolera en general -que nunca fue monecita de oro por diversidad de razones que los sociólogos nos explicarán-, nada más sencillo que apuntar hacia *CITGO*: porque no sabemos qué hacen, ni por qué sus ejecutivos devengan sueldos tan elevados, en dólares, que por qué tenemos empresas afuera (como si estuviéramos condenados a no tenerlas, quizás por no merecerlas), o por qué vamos a tener estaciones de servicio afuera si aquí no hay y las colas son enormes; era fácil -facilísimo-, encontrar algunas manos dispuestas a sostener el pesado cañón. ¡Qué digo cañón! ¡Un misil con cargas nucleares!

¡Más de un país codiciaba nuestro activo y los dividendos que producían!

Por alguna vez actuamos en forma agresiva dentro de la legalidad.

Nunca olvidaremos una de las famosas críticas iniciales reveladoras del incorrecto proceder: “¿Cómo es eso de que CITGO le done dinero a las universidades norteamericanas si las de aquí andan pelando?”, *por otras causas muy distintas a la donación exigible a toda empresa que posea una imagen y cumpla sus actividades en cualquier país.*

VI. CONTRABANDO DE EXTRACCIÓN

Se denomina “*contrabando de extracción*” el que se produce hacia el exterior, situación distinta a la que ocurre en sentido contrario: hacia el interior del país (*contrabando de introducción*).

En materia de Hidrocarburos y más concretamente de productos terminados (o refinados), el *contrabando de extracción* comienza a producirse en nuestro país en los años setenta, concretamente en el caso de la gasolina de vehículos automotores y el denominado fuel oil.

El destino de los productos extraídos era y es invariable: Colombia, en gigantescas cantidades; Brasil y las Islas del Caribe.

El medio de transporte utilizado lo fueron los camiones cisternas, gandolas y vehículos especialmente preparados, “de doble tanque”, por ejemplo. Hacia las Islas, embarcaciones de diversas categorías.

La situación se tornó tan grave y costosa para nuestro país, que varios Despachos Ministeriales (Defensa, Interiores y Minas) se vieron obligados a expedir Resoluciones que regulaban la venta de productos terminados.

Un Gobernador del Estado Zulia alcanzó fama y fortuna al enviar varias veces a la semana inmensas gandolas de 35.000 litros...

El combustible extraído hacia otros países, dejábamos de venderlo en el exterior a precios apreciablemente superiores.

En adición, se producían *ilícitos tributarios* porque los productos exportados estaban sometidos a los famosos valores fiscales de exportación (VFE) del Impuesto sobre la Renta posterior a 1966 y pagaban “impuesto de consumo”, como si se vendiesen en Territorio Nacional, con alícuotas o tarifas apreciablemente inferiores.

En una u otra forma, estas “operaciones” se han cumplido en forma ininterrumpida durante la IV y V República.

En el caso de las “operaciones marítimas” no había operación de compra-venta de combustible sino trueque o intercambio: “*combustible x camarones*”, por ejemplo, lo cual añadía un aspecto “jocosos” al problema nacional. Como es de suponer, una vez mas la parte que resultaba lesionada (tanto ayer como hoy) es la que entrega costoso combustible a cambio de camarones y otros productos naturales, uno de los motivos por los cuales siempre nos hemos mostrado contrarios a este tipo de “trueques”, donde generalmente se le ocasiona un grave año a Venezuela.

¡El petróleo y sus productos refinados, son para venderlos no para permutarlos a precios de gallina flaca!

VII. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Fue instituida en nuestro país en virtud de una de las más importantes reformas legales bajo la presidencia del General Eleazar López Contreras.

Originalmente constaba de diversas “Salas”, entre las cuales destacaba la “Sala de Examen” donde se formulaban los “Reparos” en materia tributaria.

Estos “Reparos” solían caracterizarse por la calidad indiscutible de su basamento jurídico-legal, independientemente del criterio que pudiera sostenerse respecto de la procedencia de los mismos.

Los tributos de Hidrocarburos y el Impuesto sobre la Renta, en adición a los aduaneros, fueron siempre del mayor interés del máximo Organismo Contralor de la República, generalmente presidido por estacados venezolanos.

En consecuencia, los 17 concesionarios que tenían actividades en nuestro país, hasta 1975, solían recibir serios y enjundiosos reparos (reclamaciones fiscales) del más diverso orden y contenido, a cuyo efecto procedían a cancelarlos o a ejercer los correspondientes recursos legales en su contra, que finalmente llegaban a los Tribunales de la República.

Hoy se observa una Contraloría General de la República bastante disminuida, principalmente en el área impositiva en la cual sin duda tuvo mejores y más destacadas actuaciones a cuyo brillo contribuyeron los venezolanos que la dirigieron en el pasado.

VIII. CONTRATOS EN MATERIA DE HIDROCARBUROS

Los contratos y convenios de diversa naturaleza, objeto, duración y localización geográfica; que suscriba el Ejecutivo Nacional, para la exploración, explotación, refinación, transporte y mercadeo; conforme a la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (1999) y la Ley Orgánica de Hidrocarburos (2001); por su importancia y trascendencia para el país, deberían ser objeto de divulgación, de manera tal que se conozcan sus características y particularidades.

En el régimen concesionario (concluido el 31-12-75), las “concesiones” se publicaban en la *Gaceta Oficial*, de donde aparece que cualquier persona interesada adquiriría el respectivo ejemplar de la *Gaceta Oficial* y allí encontraba la totalidad de la información; de igual manera, los contratos de refinación y los convenios sobre regalías; los contratos para producir gasolina resultante del tratamiento de las plantas de gas. Los Contratos de Servicio del sur del Lago de Maracaibo, aparecieron en la *Gaceta Oficial*, de igual manera que las condiciones para su oferta.

En otras palabras, prácticamente todos los contratos y convenios estaban en la *Gaceta Oficial*.

IX. COOPERATIVAS Y SECTOR PETROLERO

Nada más alejado del mundo “Capitalista” que las denominadas “asociaciones cooperativas” regidas hoy por la ley del 2001.

Estas asociaciones de apreciable éxito en el escenario minero, para sus asociados no para el Estado ni la colectividad en general, *llegaron al sector de los Hidrocarburos* venezolanos y a otros más. Así, por ejemplo, en la costosa y especializada área del transporte terrestre... donde la unidad de transporte vale actualmente 200/300 millones de bolívares (¡SIC!).

Su parcela de los tributos es curiosa, por lo menos.

Veamos la “Exposición de Motivos” del Decreto con fuerza de Ley Especial de Asociaciones Cooperativas:

En relación con la protección se establece la *EXENCIÓN de todo impuesto*, tasa o contribución, a las cooperativas, debidamente certificadas, por su cumplimiento con las disposiciones de la ley, con el objeto de estimular el desarrollo de un gran sector de economía cooperativa en el país.

Por su parte, el artículo 89, numeral 11 del texto legal prevé la “exención” de impuestos nacionales directos (Impuesto sobre la Renta, por ejemplo), Tasas (de todas las especies previstas en el artículo 179 (numeral 2) de la Constitución de 1999), contribuciones especiales y derechos de registro, en los términos previstos en la Ley de la materia y en las disposiciones reglamentarias de la presente Ley.

De lo anterior aparece que 1- que estarían sometidas, en su caso, al pago del IVA y 2- que pagarían también los impuestos municipales de patente de industria y comercio; a no ser que invoquen la Exención General impositiva prevista para las Cooperativas en la Exposición de Motivos de la Ley.

Luego de 40 años de ejercicio profesional se observa una severa contradicción entre el texto de la Exposición de Motivos y el dispositivo de la Ley de la materia de la cual se trata.

¿Valdrá la pena acudir ante el Tribunal Supremo de Justicia?

¿Para qué? Ya sabemos la respuesta.

“La CTV ve con mucha preocupación la expansión del *número de cooperativas* -pasaron de 890 a 67.000 entre 1998 y lo que va de 2005- (¡SIC!) como política gubernamental, con el fin de destruir el empleo dependiente en el sector formal de la economía”. “... estas asociaciones -en la que actualmente trabajan *2 millones de personas*-... *eliminan “los sindicatos y contratos colectivos de trabajo...”*. “... los trabajadores de las cooperativas son los *peores pagados*, porque ganan 280.000 bolívares mensuales -a razón de 70.000 bolívares semanales-, cuando el salario mínimo es 405.000 bolívares al mes”. (*El Nacional*, p. A-18 del 11-6-2005).

X. DIVIDENDOS EN EL ÁREA DE HIDROCARBUROS

Nuestros apreciados alumnos, incluyendo a los de Gerencia Tributaria del Post Grado de la UCV; nos ayudan a discernir qué es mejor para PDVSA: si los *impuestos*, o los *dividendos* o una sinergia. Cada quien conserva su propia opinión, incluyendo ventajas y desventajas. Y, por supuesto, para la Nación venezolana.

El señor Antonio Rivero, ex-vicepresidente de CITGO PETROLEUM CORPORATION, expresó:

Sobre los 500 millones de dólares de dividendos remitidos por CITGO a PDVSA correspondientes a 2003 y que las autoridades energéticas venezolanas aseguran que no han llegado a Venezuela, Rivero señaló, que para efectos de la Filial en Estados Unidos éstos fueron cancelados. Sucedió que PDVSA tenía una deuda de bonos en Estados Unidos y fueron descontados.

En realidad, no conocemos las características de las operaciones y no podemos adelantar opinión.

Decimos nosotros que la más clara de las alternativas es la de los impuestos.

Añade la misma nota de Prensa (El Nacional del 11-6-2005, p. A-16) que según el señor Rivero, “la cuestionada refinería de LEMONT, ubicada en Illinois, ganó en 2003 cerca de 300 millones de dólares”.

La *internacionalización de la industria petrolera venezolana*, previó la adquisición de *refinerías en el exterior*, en mercados consumidores estables y seguros acostumbrados a pagar por el combustible lo que vale; no veo qué de criticable tenga este tipo de operaciones enteramente legales y sometidos a la normativa tributaria de rigor.

En realidad, luego de varias décadas de no haberlo hecho, parecía el momento apropiado para adquirir “refinerías”. En efecto, si fracasaba nuestra industria petrolera interna (por cualquier causa) disponíamos de refinerías en el exterior.

¿Algo mejor que sugerir?

¿Qué le parece?

XI. EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS

El “*Sistema de Democratización del Empleo en PDVSA*” lleva un “registro” donde los centenares de desempleados acuden a inscribirse en el Estado Falcón. Teodoro Córdova “denunció la venta de los puestos en la cola por personas que llegan desde la madrugada, se anotan en la lista y posteriormente le venden su ubicación a quienes llegan horas más tarde” (El Nacional del 10-6-2005, p. A-21).

Conozco la industria petrolera desde 1967; ni habían “colas” ni se “vendían los puestos” en el... “*SISDEM*”.

El “*SISDEM*”, “forma parte de las nuevas cláusulas aprobadas en el contrato colectivo de la industria petrolera que entró en vigencia este año”.

Esto nos recordaba las famosas “colas” para cédula de identidad y pasaportes en los alrededores de la Plaza Miranda, en la Avenida Baralt y en otros lugares.

Vender el puesto en la cola o revender 2 boletos, no es ilegal. El problema es la institucionalización de estas “prácticas” y que la Empresa petrolera del Estado lo acepte y le dé curso a la cola...

Teodoro Córdova, a quien presumo venezolano desempleado como tantos y con familia, “pagó 15 mil bolívares para que le dieran el número 5 pues, a la 1:00 de la madrugada cuando llegó, alcanzó anotarse con el número 90”. $90 \times 15.000 = 1.350.000$, por día!

XII. EXPLORACIÓN

En el acápite “*Reservas de Hidrocarburos*” hablaremos de la relación existente entre “*exploración*” y “*reservas*”, por ejemplo y nos referiremos a las diferentes acepciones en Venezuela del término “*reservas*”.

¿Se explora en nuestro país en procura de lo que pudieran ser yacimientos explotables en un futuro?

De ser así, ¿Quién lo hace?

¿Cuáles son los resultados de dicha exploración?

¿Dónde reposa la información?

XIII. EXPLOTACIÓN

La *Explotación* de los yacimientos de hidrocarburos ha de hacerse en un todo de conformidad con las disposiciones de carácter *Técnico* aplicables.

Vale decir, que la explotación no debe cumplirse en la forma en que a cada quién se le ocurra.

Lo mismo es aplicable a las otras fases de la industria: *exploración, refinación, transporte y mercadeo*.

La explotación es una de las más complejas y la que mayores beneficios rinde al Estado.

De ahí que el Ministerio del ramo ha de disponer siempre y en todo momento de un cuerpo de funcionarios suficientemente calificados para practicar *IN SITU* los controles que sean necesarios, no en el piso 8° de una moderna oficina; los aforadores de pozos - que si existen -, han de medir la producción en los propios tanques de almacenamiento. Los que miden la relación agua - petróleo, de igual manera. No en el piso 4° de la misma oficina. Y deben informar a sus Superiores y llevar los record del debido y diario control de lo que ocurra en los campos de explotación de todo el país, y costa afuera. Es lo que se denomina el *control operativo* de la Industria.

XIV. EXPLOTACIÓN (CIFRAS) PETROLERA

Cifras que fueron “sagradas” para los Organismos Oficiales (Hidrocarburos, Hacienda, BCV y Contraloría General de la República), por lo menos y para cualquier venezolano acucioso que quisiera revisar sus respectivas “Memorias”; se convirtieron en una expresión trivial, donde cada quien (Sector Público o Privado) tenía la suya propia, con argumentos, defensas y excepciones.

No bastó el desempeño de la cátedra de Derecho Petrolero durante más de 25 años para ver convertidas las cifras que fueron siempre variables en número de loterías donde cada quien tenía el boleto ganador.

Fue tal el descalabro, que a alguno se le ocurrió afirmar: “las cifras del pasado eran falsas”. O sea, las cifras de las empresas concesionarias no se compadecían con la realidad. ¡Fui Abogado Fiscal Petrolero durante 14 años y jamás imaginé semejante barbaridad!

Las cifras de la producción petrolera no son cifras de bateo, que mire Ud., lo importante que son; sino que le conciernen directamente a varios Despachos Ministeriales, al BCV, a la Contraloría General de la República y a la propia OPEP, a cada uno por motivos y razones de diferente especie.

Pero qué ha de extrañarnos la disparidad de cifras si el suscrito aparece en un Archivo Oficial del Estado Venezolano con Cédula Extranjera y nacionalidad colombiana. Si fuese lo contrario, sería mas creíble pero lo anterior resulta inaudito o de Ripley's.

¿Sabe ud. algo?

Las cifras de la industria petrolera venezolana posterior al 2001, se perdieron, sí, se perdieron.

A todas los efectos legales, incluyendo los Tributarios o impositivos, dividendos y otros muchos conceptos que manejan las empresas en el mundo corporativo, público o privado.

En consecuencia, tales cifras no podrán ser objeto jamás de reparos ni objeciones de conformidad con el Código Orgánico Tributario.

XV. EXPLOTACIÓN HORIZONTAL

Uno de los principios básicos de la *industria minera* es que el concesionario solamente puede extraer el mineral *sólido* que se halla físicamente debajo del rectángulo superficial de su concesión. Tradicional concepto afincado en la seguridad jurídica, el respeto al Estado y a los demás competidores vecinos o potenciales interesados en obtener la concesión de al lado. Es el denominado "concepto físico geométrico de mina".

En la *industria de los Hidrocarburos*, por el contrario, no existe ningún yacimiento de sustancias sólidas¹⁷; todo lo contrario, existen sustancias líquidas que no están encerradas dentro de un concepto físico - geométrico.

Es más, estas últimas sustancias tienen carácter *migratorio*, por su propia naturaleza, pudiéndose trasladar de un sitio a otro. Dentro de un mismo país o al territorio de otro estado.

Lo anterior ocurre tanto con el petróleo como con los gases o con el asfalto¹⁸, para citar tres casos frecuentes.

No obstante dicho carácter *migratorio*, el legislador de Hidrocarburos ha pretendido siempre que el operador -como suele denominarse hoy a la persona autorizada por el Estado para explotar un determinado Hidrocarburo-, extraiga exclusivamente, las cantidades del mismo que se halla en el subsuelo de la porción superficial que le ha sido otorgada en exclusividad por el Estado, en el subsuelo de aquella. En caso contrario, dicho operador "A" podría estar aprovechando -extrayendo-, sustancias que le corresponden al operador "B", colindante, vecino o próximo. La ciencia puede demostrar con bastante exactitud qué porción del yacimiento está siendo explotada y cuando se sabe que un yacimiento puede ser explotado por lo menos por dos operadores vecinos -muchas

¹⁷ Oro de veta, capa o manto, no de aluvión; cobre, níquel u otro mineral.

¹⁸ Nos referimos al asfalto de yacimiento (lagos de asfalto, por ejemplo, como los que hubo en Venezuela en el siglo XX y fueron explotados), no al asfalto obtenido en una refinería.

veces son tres-, las prácticas sanas¹⁹ ordenan establecer un convenio de “unificación de yacimientos” (“utilization agreement”) como generalmente se le conoce desde la década de 1930.

Estos convenios de larga data en nuestra industria concesionaria persiguen la debida protección y conservación de los yacimientos de Hidrocarburos.

Todo lo anterior está directamente relacionado con una sana explotación vertical, no permitiéndose la explotación horizontal por cuyo intermedio el operador “A” puede fácilmente alcanzar el yacimiento del colindante “B” o simplemente una porción “B” que el Estado se ha reservado para sí, para explotarla posteriormente.

La importancia -conservacionista, fiscal y de una correcta explotación de yacimientos- de esta materia se hace aun mayor cuando se trata de *yacimientos de gas*.²⁰

XVI. FUERZA LABORAL DE PDVSA

Los Gerentes han de prestar atención a la plantilla de Personal y a sus variaciones. En el caso del SENIAT, por ejemplo, nos aproximamos a 10.000 empleados y funcionarios.

No suele conocerse la situación de la Industria Petrolera. 10.000 personas luce exagerado, cúmplanse o no las consabidas “Metas”, en el caso del SENIAT.

En efecto, el problema no es exclusivamente de “Metas” sino de “rendimiento”, por ejemplo.

Hemos dicho que el ejemplo del *SENIAT*, la distribución del Personal podría ser:

<i>Apoyo Interno</i>	<i>“Calle” (Fiscalización)</i>
2.000	8.000
O sea, justamente lo contrario de lo que sucede:	
8.000	2.000

¿Cuáles son las metas de PDVSA?

¿Cuánto cuesta PDVSA?

¿Cuántas personas integran hoy el Personal de PDVSA?

¿Cómo comparan estas cifras con las de las empresas competidoras extranjeras?

XVII. IMPUESTOS DE HIDROCARBUROS

Desde los años 1930 en adelante, que se inicia una importante fase de nuestra industria petrolera, es decir, hace más de 75 años; el control de los tributos correspondiente al sector de los Hidrocarburos comienza a cobrar importancia.

¹⁹ De la industria internacional de los Hidrocarburos.

²⁰ Al parecer nuestro país ha venido reconociendo derechos para explotar valiosísimos yacimientos de gas en el Oriente de Venezuela.

En nuestra actuación universitaria siempre hemos sugerido el estricto control de la industria a través de las correspondientes *fiscalizaciones* de rigor.

Adversamos las *verificaciones* como un sustituto de las *fiscalizaciones*, pues estas últimas nunca podrán ser reemplazadas por las primeras.

Como es sabido, las *verificaciones* se limitan al chequeo de cumplimiento de obligaciones tributarias del contribuyente: declaró, cuándo lo hizo; cuál fue el monto de la autoliquidación, canceló dicho monto?; retuvo, cuánto retuvo, enteró y así sucesivamente.

Por el contrario, la *fiscalización* suele envolver un complejo acto; el funcionario realmente examina a fondo la declaración del contribuyente; fueron sus gastos deducidos realmente normales y necesarios para la producción de la renta; el contribuyente hizo o no un correcto uso de los beneficios que le otorga o reconoce el legislador; qué ocurrió en materia de Inversiones, Precios de Transferencia y así sucesivamente, hasta que se complete una radiografía integral de su comportamiento ante el Estatuto Impositivo y demás disposiciones legales.

Nos dicen los alumnos que “ahora se hacen Verificaciones y no Fiscalizaciones...”, circunstancia que juzgamos grave y que nos lleva a escribir estas apuntaciones preliminares en cuanto al *Impuesto sobre la Renta* cuyo producido continuará siendo inferior al del IVA, pues ello es lo que nos confirman las cifras de recaudación insertadas en la Prensa, causándose muchas veces un perjuicio al *contribuyente de menores recursos* al tratarse de un *impuesto regresivo*.

Con el IVA, el Sector Petrolero decrecerá en forma apreciable.

XVIII. INFORMES CORPORATIVOS

Los Informes financieros y operacionales de las Empresas de Hidrocarburos guardan una estrecha conexión con las actividades de auditoría.

Salvo excepciones, no contienen material confidencial y contribuyen a la mayor claridad de tales operaciones.

Una empresa que no presente sus Informes regulares y/o los considere confidenciales no está actuando correctamente y su imagen pública decae de manera considerable.

XIX. MERCADO INTERNO DE HIDROCARBUROS Y SUS DERIVADOS²¹

El mercado interno de Hidrocarburos, en Venezuela y en cualquier otro país, es complejo, bastante complejo.

No todo conductor de un gandola con 35.000 litros de combustible está capacitado para llevarla de Carenero al Centro de Caracas.

No todas las horas del día y de la noche pueden considerarse hábiles para este tipo de operaciones.

21 Puede consultarse nuestro artículo “El mercado interno de los productos derivados de Hidrocarburos”, *Revista de Control Fiscal de la Contraloría General de la República*, n° 141, 1999, p. 121.

Siempre hemos recomendado que la entrega de productos se realice entre las 10:00 de la noche y las 5:00 am, de manera de reducir las posibilidades de accidentes.

Se nos ha respondido que “de noche no puede distribuirse, por la inseguridad de las ciudades del país”.

“El mercado interno es un negocio una palabra y no soporta los costos de la distribución nocturna”.

XX. OBRAS PÚBLICAS

Para nadie es un secreto que PDVSA construye, edifica y repara Obras Públicas en Venezuela.

En realidad, tal no es la función de un holding petrolero. Es difícil por no decir imposible explicar a todos los niveles socio - económicos este tipo de intervenciones de la empresa estatal.

Para los más modestos y que atraviesen penurias y estrecheces económicas, lo importante “es que reparen el puente” (si es ese el caso), sin importar quién lo hizo y quién aportó los fondos necesarios.

¿Son gastos normales y necesarios para PDVSA reparar un puente en Guasdalito?

Pareciera que los Fiscales del SENIAT tendrán mucho trabajo en un futuro y los abogados y contadores de PDVSA preparando la defensa ante el reparo.

XXI. OPERACIONES EN CUBA

Estas operaciones de venta de Hidrocarburos a Cuba, por Venezuela, han venido siendo objeto de sucesivas informaciones por la prensa escrita y la TV, principalmente.

Para prácticamente ninguna persona envuelven noticia ni novedad alguna.

Existe una digna de observación:

El Incoterm utilizado para las operaciones petroleras con Cuba es el denominado “*CIF*”, cost, insurance and freight (costo, seguro y flete).

Nos ha llamado la atención, decimos, por cuanto en el mundo petrolero, suele utilizarse la fórmula “*FOB*”, “free on board”, vale decir, “libre a bordo”, corriendo por cuenta del comprador el *seguro* y el *flete*.

XXII. “PDVSA ES DE TODOS”

Esta frase da a entender que antes “la empresa no era de todos”.

Ahora vemos a PDVSA asfaltando carreteras, reparando vías y en otras actividades que no le son propias.

“PDVSA transfirió Bs. 189,9 millardos para la economía popular” (El Nacional del 10-6-2005 p. A-21).

“Estos recursos corresponden a los traspasos que viene haciendo Petróleos de Venezuela para las cuentas de BANDES, referidos a los programas sociales que financia la empresa a través de su presupuesto de gasto, y del remanente de divisas provenientes de las exportaciones de crudo, que no se entregan al Banco Central de Venezuela”.

XXIII. PDVSA Y ACCIDENTES INDUSTRIALES

Aún antes de LOCYMAT²², especial atención se le prestaba a la Seguridad Industrial y a la prevención de desafortunados accidentes en la Industria Petrolera.

Recuerdo “Avisos” donde día a día, a las puertas del Galpón, Patio de Operaciones y otros importantes sitios de trabajo, colocaban una frase que enorgullece a los trabajadores y les hacía ser aún más prudentes en el desarrollo de sus actividades laborales:

“En este taller cumplimos hoy 263 días sin accidentes de trabajo”.

Y al día siguiente colocaban el 264.

Por cierto, no era que se mentía, como alguien sugiere, sino que aquel “Aviso” se correspondía con la realidad y el orgullo de los trabajadores.

La materia de los accidentes industriales no encierra ningún “misterio”, ni es tema para escondites pero, envuelve un asunto de bastante seriedad.

XXIV. PDVSA Y CANALES DE TELEVISIÓN

Parecería que existe un exceso de aparición de PDVSA y/o sus actividades, en los canales de televisión venezolanos.

En el pasado, no ocurría así.

Se trata de propaganda Oficial realmente costosa.

En el caso del BCV, PDVSA y otros importantes entes del Estado venezolano, se requiere que dichos Organismos hagan la publicidad estrictamente necesaria alcanzándose un clima de paz, tranquilidad y sosiego, donde se desenvuelvan las actividades y que contagie a toda la ciudadanía.

XXV. PDVSA Y CONFIDENCIALIDAD

Durante el *régimen concesionario*, las empresas remitían detallados informes (mensuales, semestrales, anuales) al Ministerio de Energía y Minas.

22 Ley Orgánica de Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

En las paredes de las oficinas de las Empresas colocaban en forma específica y tabulada la forma en que deberían darle estricto cumplimiento a la *remisión de la amplia y detallada información* al Gobierno Nacional.

No pocas veces hubo severas *reprimendas* por errores detectados y/o informaciones remitidas con un (1) día de retraso...

Estos “*Informes*” estaban debidamente encarpados, por ejemplo, relación gas petróleo, u otro tecnicismo. Los Semestrales y los Anuales constaban de centenares de páginas oficio.

¿Cómo se hace ahora?

XXVI. PDVSA Y LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Después de ocurrida la reserva de la industria petrolera (31-12-75), se consideró necesario y/o conveniente que la CGR tuviese una oficina especial en la propia sede de PDVSA. Y así funcionó durante muchos años.

La interrogante se formula por cuanto durante los últimos años se procedió a eliminar la referida Oficina de la CGR, en la propia sede principal de la casa matriz de la Industria Petrolera.

XXVII. PDVSA Y EL RÉGIMEN DE MULTAS (SANCIONES PECUNIARIAS)

Las empresas concesionarias de Hidrocarburos fueron severamente sancionadas durante los últimos 20 años de la Cuarta República.

Una sola de ellas recibió hasta 1975, aproximadamente 1.500 sanciones, de las cuales canceló el 50% y recurrió (apeló) la diferencia. La causa: contaminación de las aguas por operaciones de tanqueros, operaciones en el lago de Maracaibo y otros.

Cuando se revisan estos “records” se aprecia:

- a. Ejercicio de un control por las autoridades.
- b. Proceso interno de revisión por la empresa.
- c. Pago de las se consideraron procedentes.

Las Operadoras de PDVSA también han sido sancionadas.

Desafortunadamente, carecemos de las cifras.

¿Y qué ha sucedido desde al año 2000 hasta hoy?

¿Dónde reposa la información numérica?

Las Leyes contienen exactas prescripciones sobre el particular.

Las empresas poseen derechos de carácter legal sobre esta materia.

XVIII. PDVSA Y OPERACIONES DE TRUEQUE (“INTERCAMBIO”)

Nuestra industria de Hidrocarburos anterior a 1976 (régimen concesionario) conoció y aplicó “*convenios de trueque*” ejecutados en nuestro país, en los cuales una compañía A le entregaba un crudo B a una compañía C a cambio de un crudo D, lo cual no conllevaba ningún “acto especial” porque ambos crudos tenían características similares, por no decir idénticas.

También, hubo *intercambio de productos refinados*, donde una empresa A del Occidente del país, cumplía su obligación de entrega de productos B en el Oriente, mediante productos C aportados por la empresa D del Oriente venezolano y viceversa. En resumen, entre otras ventajas apreciables, ambas empresas “A” y “D” se economizaban el *flete*, que era costoso.

Entendemos que la industria nacionalizada que se inicia a partir de 1976, inclusive, observó prácticas comerciales similares y muchas otras que antes de perjudicar los derechos de las empresas participantes en algún acuerdo, beneficiaba a ambas.

ANCAP (Uruguay) acordó con PDVSA una compra de crudo luego de que PDVSA hiciera la mejor oferta en una licitación internacional, por un millón de barriles de petróleo a ser entregado en Agosto. Veamos las condiciones de la operación “comercial”:

ANCAP podrá pagar 25% de la compra en 15 años con 2 de gracia y a un interés anual del 2%. El otro 75% del precio podrá ser abonado con productos uruguayos (El Nacional, p. A-22 del 10-6-2005).

Por muchos años fuimos contrarios a este tipo de “prácticas” -independientemente del país que recibía nuestro crudo-, por la infinidad de complicaciones derivadas. *A cambio de qué?:* ganado y leche, pensemos. ¿Y dónde están? ¿Dónde estarán? ¿Qué hace el Estado con esos bienes? ¿Los vende o los regala? ¿A qué precio? ¿Qué Organismo Estatal lleva esta compleja contabilidad? ¿La actual Contraloría? ¿Cuántas reses fallecieron en el traslado? ¿Y la leche llegó en buenas condiciones para el consumo?

Nuestro petróleo se vende en US\$ y se nos paga en la misma moneda. No existe otra fórmula.

Si repetimos anualmente este tipo de operaciones, en semejantes “condiciones económicas”, PDVSA terminaría en la quiebra.

XXIX. PDVSA, SUS AUDITORES Y COMISARIOS

Las empresas bien organizadas disponen de Auditores Internos y de Auditores Externos.

Los Auditores Internos son funcionarios de planta, empleados de las corporaciones.

Los Auditores Externos son terceros, por tanto, no son empleados de las sociedades de comercio.

Los auditores internos son personas físicas, individuales y los externos son firmas de auditores.

Los *comisarios*, a su vez, son personas designadas por la asamblea de accionistas²³ e informan “a la asamblea del siguiente año sobre la situación de la sociedad, sobre el balance y sobre las cuentas que ha de presentar la administración”. “Los comisarios²⁴ ... tienen un derecho ilimitado de inspección y vigilancia sobre todas las operaciones de la sociedad. Pueden examinar los libros, la correspondencia, y, en general, todos los documentos de la compañía”²⁵. Al final del ejercicio, presentan un detallado “Informe escrito”, igual que los “Auditores Externos”.

XXX. PRESIDENCIA DE PDVSA

La República es la accionista de PDVSA. A estas alturas, dudamos que algún inversionista extranjero o nacional esté interesado en adquirir un paquete accionario de lo que fue la principal empresa del Estado. El Estado designaba el Presidente de la corporación.

De lo que no se tenía experiencia, es que el Ministro de Energía y Petróleo fuese, a la vez, Presidente de la empresa estatal.

No porque pueda cobrar dos remuneraciones sino porque existen numerosas complejidades para cumplir las delegaciones en cada uno de los cargos.

Ocupar la cartera ministerial más importante del país y, al propio tiempo la presidencia de PDVSA, es prácticamente imposible, desde el punto de vista laboral.

En adición a lo anterior, pareciera que existe un *conflicto de interés*, aunque pudiera pensarse que no “porque ambos cargos se ocuparán con el manifiesto propósito de hacerlo bien en beneficio del país”. Esto último no basta ni es suficiente.

Desafortunadamente, no ocurre ni sucede así en materia de “*conflictos de interés*”, por ejemplo.

Podríamos ver numerosos ejemplos. La nación necesita recursos y debemos explotar un yacimiento al máximo, a más no poder. Como cabeza del Ministerio del ramo saber muy bien qué medidas de conservación te impiden “reventar” un yacimiento y que estas obligado a aplicar medidas de conservación. ¿Hasta qué punto? Ambas mediciones no coincidirán.

La relación “gas - petróleo” del yacimiento en explotación puede considerarse elevada; no será la misma medición la que hace el Despacho de Energía y la que hace la empresa explotadora. Ambas mediciones no coincidirán.

Ninguno de los funcionarios estarían actuando incorrectamente, salvo que habrá un *conflicto de interés*.

23 Artículo 287 del Código de Comercio.

24 Artículo 309 del mismo Código.

25 Artículo 310 del C. de C.

XXXI. PERSONAL DESPEDIDO Y SU FONDO DE AHORROS

Esta relación podría dar lugar a un posible *tercer caso de conflicto de interés*.

Estado propietario de la empresa:	PDVSA observada como un patrono silvestre:
1. “Los responsables del paro petrolero deben ser sancionados”	1. “Como patrono no veo razones para no devolverle el fondo a los trabajadores”...
2. Si se cancelan los haberes y los intereses, en un futuro incurrirán en idéntica falta.	2. No encuentra mayores razones legales para retener los haberes y los intereses.
3. El Gobierno nos ha instruido en el sentido de mantener una “línea dura”.	3. Podría ser una fórmula de arreglo del problema.

Puede observarse *líneas de acción eminentemente conflictivas* que incluso conducirían a una paralización de actividades en perjuicio de la Nación. Este caso hipotético nos revela el serio aspecto del *conflicto de interés* antes mencionado.

XXXII. PERSONAL DESPEDIDO Y SUS PRESTACIONES SOCIALES

Aproximadamente 20.000 *trabajadores* calificados en base a sus méritos personales fueron despedidos de la Casa Matriz.

El Estado ha llegado a señalar que hubo “*sabotaje*” de las operaciones de parte de algún sector de los trabajadores despedidos, como consecuencia de lo cual se produjeron daño, destrucción o paralización de las actividades petroleras y/o instalaciones de la industria.

¿Puede un Estado-accionista ordenarle a la Casa Matriz despedir al Personal de la corporación y retenerle el pago de sus *prestaciones sociales*, sin que medie una orden judicial que así lo establezca?

Cuarto caso de conflicto de interés donde el Ministro del ramo ejerce al propio tiempo la presidencia de la Casa Matriz.

Afortunadamente algunos trabajadores han conseguido contratarse en el exterior, en base a su prolongada experiencia laboral en áreas complejas.

XXXIII. REPAROS FISCALES

En pocas y sencillas palabras, los reparos fiscales son las reclamaciones de naturaleza tributaria incoadas por el SENIAT, en contra de los contribuyentes, por concepto de impuestos, sanciones pecuniarias (multas) y mora principalmente al considerarse que los contribuyentes no cancelaron los impuestos de acuerdo con su verdadera capacidad contributiva, dieron lugar a multas en su contra y a reclamaciones por concepto de intereses moratorios (retardos en el pago de sus obligaciones fiscales).

Se trata de una definición bastante sencilla, al alcance de cualquier estudiante de secundaria. Tal es el propósito de este ABC Petrolero.

Los Municipios, por su parte, y por idénticas razones, pueden igualmente formularse reparos a sus contribuyentes.

Estas reclamaciones de carácter legal, formal y forzoso, han de ser formuladas por escrito, dirigidos a los contribuyentes. No existe otro medio (verbal, prensa, TV) para su debida formulación ni puede cursarse ni insinuarse propuesta de arreglo ni avenimiento alguno con autoridad a la formulación de los reparos ni la debida notificación de los mismos, sujeta a las formalidades legales.

Cumplida la notificación, el contribuyente dispone de un lapso legal suficiente para el estudio y análisis jurídico-contable de la reclamación y el ejercicio (en su caso) del correspondiente *derecho de defensa* legal que le garantiza el *artículo 49 de la Constitución*.

En forma harto resumida y previa abstención de consideraciones técnico - legales, hemos expuesto el caso de la formulación de reparos en materia tributaria, ratificándose la idea principal de que no son válidos los “reparos” por la prensa ni por la televisión. Y mucho menos estos últimos deberían ser aceptados por los contribuyentes.

Puede consultarse nuestro ensayo “La industria petrolera venezolana y su fiscalización en materia tributaria”, inserto en IV Jornadas de Derecho Tributario Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 1998, Tributaria Minera y Petrolera.

XXXIV. RESERVAS DE HIDROCARBUROS

El término “reservas” se refiere a pluralidad de materias jurídicas y contables en el ordenamiento legal venezolano. Así, por ejemplo, “*reservas internacionales*” (BCV), “*reservas contables*” de cualquier empresa y “*reservas de hidrocarburos*”. Es precisamente a esta última categoría a las cuales deseamos referirnos brevemente. De lo anterior aparece que debemos ser cuidadosos al emplear el término reservas, sin especificar antes de cuál de ellas se trata.

Las *reservas de hidrocarburos*, acerca de cuya clasificación disienten el Ministerio del ramo y el sector privado; requieren en cualquier caso de la labor exploratoria (o prospectiva) que es precisamente la que no se ejecutaba en la medida y extensión necesaria en nuestro país, con anterioridad a la “Apertura Petrolera”.

En cualquier caso, el conocimiento de las reservas de hidrocarburos presupone necesariamente la labor de exploración.

De no realizarse exploración, no sabremos que ni cuanto ni de que tipo de yacimiento podremos explotar en un futuro.

¿Se hace exploración petrolera en Venezuela?

¿Quién? ¿Dónde? ¿Cuáles han sido los resultados de esa imprescindible labor de prospección?

XXXV. SENIAT

El SENIAT fue instituido conforme al Decreto N° 310 del 10-08-1994 para reemplazar las viejas Direcciones Generales sectoriales del Ministerio de Hacienda (hoy, Ministerio de Finanzas): Dirección General Sectorial de Rentas y Dirección General Sectorial de Aduanas.

El SENIAT es “un servicio autónomo sin personalidad jurídica, con autonomía funcional, técnica, y financiera, adscrito al Ministerio de Finanzas”.

En materia minera y de hidrocarburos, nosotros sugerimos volver a la organización del Ministerio de Hacienda, de los años setenta: Crear una *Oficina de Control Fiscal* que dependerá directamente del Ministerio de Hacienda, sustrayéndola así del SENIAT, por diversas razones: no había una organización especializada en lo minero y lo petrolero; pasarla a reportar directamente del Ministro de Hacienda; crear un cuerpo elite ajeno a la burocratización del SENIAT (hoy casi 10.000 personas), entre otras. Nuestra recomendación no fue aceptada.

Ya desde 1982 habíamos recomendado también que la fiscalización tributaria del Sector Minero y de los Hidrocarburos debía continuar exactamente igual que con anterioridad a 1976; con la misma rigurosidad que lo había sido hasta 1975, durante el régimen concesionario cuya última fase arrancó en 1943 y teóricamente debería haber concluido en 1983, de no haber sido por la reserva (1975).

Ahora en el 2005 se repite por la prensa la posibilidad de formular reparos a las empresas petroleras.

Como quién suscribe conoció la época de los reparos a las concesionarias (1956 - 1975), bien como estudiante, como profesional, se le estaba hablando en su propio idioma.

Reparo, recurso, sentencia, transacción, con absoluta sujeción a las Leyes Fiscales.

Pareciera que se elude y pasa por alto el ejercicio del derecho de defensa que en materia tributaria suele tomar entre 9 y 11 años, hasta que los casos son resueltos por el Tribunal Supremo de Justicia. De manera tal que de procederse en igual forma, con apego a la Ley, las primeras recaudaciones se producían en 10 años, por decir lo menos.

XXXVI. TRIBUTACIÓN

Potenciales inversionistas en Venezuela, nos hablaban hace 15 años que su deseo era “regalía y pocos impuestos”. Comprendíamos su aspiración, legítima, ante un concesionario-contratista-operador-titular de licencia, sujeto pasivo de más de 20 tributos que, además de aumentar la presión fiscal, conlleva la administración de tan exagerado número de tributos y la propia dispersión de la idea de la posible presión fiscal. Así lo exponíamos en la Cátedra de la UCV, ante la mirada incrédula de algunos profesionales que no estaban muy familiarizados con el número de impuestos y el posible efecto sobre el PIB.

15 años después revisamos el *modus operandi* y vemos que no se ha cumplido la justa aspiración de los entonces aspirantes, algunos de los cuales hoy aparecen como titulares de derechos de explotación y de otra naturaleza.

Huelga decir que se hace lugar una técnica revisión del sistema fiscal venezolano, no tan solo del aplicable a las empresas de hidrocarburos sino a todo el universo de contribuyentes, pues no se justifica un 34% tasa que se utiliza en países de notable desarrollo superior al nuestro y en los cuales la economía no está estancada.

México, sin ir más allá, comenzó hace varios años la reducción del 35%, a razón de un punto por año. La *Unión Europea* recortó impuestos entre 1997 y 2002. *Finlandia*: 6%, *Italia* 1,7%, *Dinamarca* 4,3%, *España* 2,4% y *Holanda* 2,6%. *Irlanda* bajó del 16% al 12,5%. *China Popular* rebajó los impuestos a un 15% en ciertas localidades. *Rusia* del 35 al 24%. *Islandia* del 40 al 18%.

XXXVII. CONCLUSIÓN

Los anteriores 36 “cuadernillos” nos han permitido recorrer a grandes zancadas por razones de espacio, parte del camino de la Industria Petrolera venezolana y atender la amable invitación que nos cursara el distinguido Profesor Allan R. Brewer-Carías, de nuestro mayor aprecio y consideración como venezolano útil que sin egoísmos y mezquindades ha ofrecido gentilmente el apoyo de su “Editorial Jurídica Venezolana” y de su inmejorable *Revista de Derecho Público*.

§24. ALGUNOS ASPECTOS LEGALES DE LA TITULARIZACIÓN DE CRÉDITOS BANCARIOS

Gustavo Muci Facchín

Profesor de la Universidad Metropolitana

I. INTRODUCCIÓN

En la última década se han venido desarrollando una gran variedad de instrumentos financieros sofisticados que permiten a los diversos agentes de la economía obtener recursos a menores costos. Uno de estos mecanismos está constituido por la titularización de activos originados de flujos de caja recurrentes. La idea que subyace de estos procesos es lograr la transformación de activos ilíquidos (no susceptibles de negociación) en recursos actuales (anticipar a valores presentes flujos de caja futuros), permitiendo de este modo su libre aplicación a las necesidades reales de las empresas.

Así, en el caso de la banca y otras instituciones financieras, los costos operativos originados por el establecimiento de niveles mínimos de patrimonio (comúnmente conocido como “adecuación patrimonial”), la competencia por la captación de recursos generada por la incorporación activa de nuevos entes financieros, tales como las entidades de inversión colectiva y las casas de bolsa, y la llamada banca de gaveta, han generado que las instituciones financieras busquen vías o alternativas que permitan hacerles más competitivos dentro del mercado financiero actual. La titularización¹ de créditos bancarios es una de dichas alternativas, pues permite a los bancos, por una parte, desprenderse, en forma definitiva, de ciertos activos que componen su patrimonio y la posibilidad, en consecuencia, de disminuir los costos operativos inherentes al cumplimiento de los límites de patrimonio establecidos en nuestra legislación bancaria, y por la otra, cumplir con la banca de gaveta mediante la inversión en títulos de participación, originados en procesos de titularización, cuyos activos subyacentes pueden encontrarse constituidos por créditos dirigidos a satisfacer necesidades de vivienda, el desarrollo agroindustrial y agropecuario, el desarrollo y fomento de la microempresa, el desarrollo y fomento del turismo, entre otros. También permite a los bancos y demás instituciones financieras plantear a sus clientes corporativos o con carteras deudoras importantes, la reestructuración de su deuda mediante la constitución de vehículos de propósito especializados con nuevos activos y dar en pago a las instituciones financieras los títulos valores emitidos mediante procesos de titularización. Lógicamente que la estructuración financiera y legal de los procesos de titularización dependerá de las situaciones específicas de cada institución financiera o cliente respectivo, pero la versatilidad de este mecanismo financiero permitirá adaptarlo a las necesidades propias de las partes.

¹ Fenómeno al cual se ha denominado “securitization” en los países anglosajones”.

Es así, como la “titularización” ha surgido como un nuevo sistema de intermediación financiera (se ubica dentro del conocido fenómeno de la “desintermediación financiera”) que sustituye y complementa a los mercados institucionales, tales como el bancario.

II. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR TITULARIZACIÓN?

La actividad relativa a la cesión onerosa, plena, definitiva, irrevocable e incondicionada de créditos bancarios con vencimiento futuro que luego serán fraccionados e incorporados a valores negociables², se ha denominado “titularización de créditos bancarios”. En el proceso de “titularización de créditos bancarios”, la institución bancaria originaria del crédito o cartera de créditos (acreedor originario) lo enajena a un “vehículo de propósito especializado” (cesionario), el cual puede operar bajo la figura de un fideicomiso o de una sociedad (ambos dotados de autonomía patrimonial, aunque el primero sin personalidad jurídica propia), quien lo agrega a su patrimonio y emite valores bursátiles con la garantía de los derechos de crédito cedidos contenidos en la respectiva cartera de créditos.

El propósito que se persigue con la ejecución de un proceso de titularización como el expuesto con antelación, es lograr la transformación de activos ilíquidos -representados en la cartera de créditos cedida al “vehículo de propósito especializado”- en recursos líquidos (inmediatamente disponibles), generando los beneficios que expondremos *infra*. Es a este proceso lo que la doctrina más calificada ha denominado la “metamorfosis de los activos”³, y presenta “una finalidad neutra e instrumental, consistente en fraccionar aquél crédito o créditos iniciales”⁴ en títulos valores negociables, sin que opere la novación del crédito o créditos originarios.

Los créditos que pueden ser objeto del proceso de titularización son de la más variada gama (siempre y cuando presenten un historial de flujo de caja periódico y oportuno), entre los cuales encontramos: créditos comerciales, de consumo o hipotecarios⁵. La titularización de créditos hipotecarios dio origen al mercado secundario de hipotecas que abordaremos *infra*.

El “vehículo de propósito especializado” incorpora a su propio patrimonio el o los créditos que le fueron inicialmente cedidos por el acreedor originario y luego, con cargo a los derechos crediticios contenidos en la cartera de crédito cedida, emite títulos valores bursátiles y así actúa como un vehículo de transformación financiera. Tales títulos valores estarán respaldados por la propia cartera de crédito adquirida y que le sirve de activo subyacente y, por tanto, de fuente de pago original de los mismos, sin menoscabo que se constituyan garantías de pago específica, tales como fianzas bancarias, cartas de crédito “stand-by”, garantías reales (hipotecas o prendas), o el aporte sobredimensionado de

2 Véase al efecto TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, *Sociedades y Fondos de Inversión y Fondos de Titulización*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1998, p. 279, quien señala que “Desde el punto de vista financiero, se ha dicho que la titulización es un proceso de conversión de un activo financiero poco líquido en otros más líquidos, que pueden negociarse entre las inversiones sin necesidades de ser ellos los originarios de tales títulos”.

3 SCHWARCZ, Steven L., *Structuring and legal Issues of Asset Securitization in the United States*, International Financial and Legal Perspectives, Center for Commercial Law Studies Queen Mary and Westfield College, University of London, 1991.

4 TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, *Sociedades y Fondos de Inversión y Fondos de Titulización*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1998, p. 280.

5 La actividad de transformación de préstamos o créditos hipotecarios en títulos valores bursátiles de contenido crediticio, se le ha denominado “mercado secundario de hipotecas”.

créditos, entre otras. De esta manera, la propia “titularización de créditos bancarios” es una garantía práctica en sí misma para el poseedor de los títulos valores, en tanto que el pago del crédito contenido en dicho título no dependerá tanto de la salud financiera del emisor, sino de la calidad de los activos subyacentes que le dan vida, los cuales, desde una perspectiva metafórica, constituyen el corazón de dichos títulos valores; la fuente de pago de los referidos valores está determinada principalmente por el flujo de caja que genera la cartera de crédito cedida⁶.

El proceso de “titularización de créditos bancarios” implica, como efecto práctico, para el sistema bancario los siguientes beneficios: (i) potencial disminución del riesgo de la cartera de crédito proporcionalmente de los niveles de provisión de cartera al serle transferido dicho riesgo al “vehículo de propósito especializado”; (ii) posible disminución del índice deuda/patrimonio; (iii) disminución de costos operativos por concepto de menores exigencias de niveles de solvencia; (iv) rotación dinámica de la cartera crédito con antelación a su vencimiento, anticipando de esta manera su valor descontando, permitiéndole así incorporar los recursos obtenidos por la cesión de los créditos a su actividad productiva, ya sea para otorgar nuevos créditos o realizar nuevas inversiones; (v) el “vehículo de propósito especializado” obtiene una remuneración en forma de comisiones de gestión; (vi) incremento en el ingreso por concepto de comisiones bancarias tanto por el propio otorgamiento de los créditos que luego serán enajenados al “vehículo de propósito especializado” con el objetivo de ser “titularizados” (por la propia rotación dinámica de la cartera de crédito antes aludida), como la gestión del cobro de los créditos (principal e intereses) a los deudores y luego su acreditación en las cuentas correspondientes al “vehículo de propósito especializado”, así el banco queda vinculado al prenombrado vehículo como un mero agente de cobro sujeto a las normas del mandato civil; y, (vii) incorpora activos nuevos al patrimonio de la institución bancaria (ya sea por la vía del otorgamiento de nuevos créditos o el incremento de la cartera de inversión) sin tener necesariamente que aumentar los niveles de capitalización.

Asimismo, el proceso de “titularización de créditos bancarios” impacta positivamente a la economía induciendo el decrecimiento de las tasas de interés activa; ampliación del mercado de capitales al constituir una herramienta eficiente para su propio desarrollo y, en consecuencia, para la estabilidad del sistema financiero; creación de novedosos instrumentos de captación del ahorro que amplían las posibilidades de inversión por parte de los inversionistas institucionales y de los inversionistas comunes; manejo y transferencia de riesgos; entre otros.

6 Dentro de las alternativas tradicionales de financiamiento corporativo en los mercados de capitales, se incluyen principalmente la emisión de acciones (títulos valores de renta variable), la emisión de papeles comerciales u obligaciones (títulos valores de renta fija), pero dichas alternativas presentan la debilidad práctica de que vinculan obligatoriamente al poseedor de dichos títulos con la vida funcional del emisor (el riesgo financiero que el inversionista asume es el del emisor de los títulos valores). Si el emisor atraviesa por problemas financieros, el repago de las deudas asumidas podría verse severamente afectado. De esta manera, la titularización se configura en una garantía práctica para el poseedor de los títulos valores, en tanto que su pago no dependerá tanto de la solvencia financiera del emisor sino de la calidad de los activos que servirán de activos subyacentes de los títulos valores que el “vehículo de propósito especializado emitirá”.

III. SUJETOS INVOLUCRADOS EN EL PROCESO DE “TITULARIZACIÓN DE CRÉDITOS BANCARIOS”

En los procesos de “titularización de créditos bancarios” intervienen pluralidad de actores; entre los cuales destacan: la institución bancaria originadora de la cartera de créditos cedida; el “vehículo de propósito especializado” comprador o cesionario de la cartera de crédito sobre la cual emite títulos valores negociables o bursátiles; los inversionistas que suscriben o adquieren los títulos valores emitidos por el “vehículo de propósito especializado”; instituciones financieras (bancos, empresas de seguros, sociedades de corretaje de títulos valores) que actúan como garantes del “vehículo de propósito especializado” en las emisiones de títulos valores o como proveedores de financiamiento puente para la adquisición de cartera de crédito que luego servirá de activo subyacente para nuevas emisiones de títulos valores o para el mantenimiento del equilibrio entre la posición activa (cartera de crédito cedida) y la posición pasiva (títulos valores emitidos) o también, en algunos casos, como colocadores de los títulos valores que emita el “vehículo de propósito especializado”; el representante de los obligacionistas en la eventualidad que el “vehículo de propósito especializado” emita títulos valores de renta fija; y, las sociedades calificadoras de riesgo, quienes opinarán sobre la calidad crediticia de los valores emitidos o por emitir por el “vehículo de propósito especializado”.⁷

IV. ASPECTOS CONTRACTUALES DEL PROCESO DE “TITULARIZACIÓN DE CRÉDITOS BANCARIOS”

El proceso de “titularización de créditos bancarios” se presenta, en su conjunto, como una operación jurídica atípica, heterogénea y compleja, en la cual intervienen, como quedó expuesto con antelación, multiplicidad de sujetos, quienes celebran en forma sucesiva y programada un cúmulo de contratos -de tipo consensual, bilateral, conmutativo y oneroso- que se encuentran coordinados de cara a la consecución de un objetivo común, cual es la transformación financiera consistente en el fraccionamiento de la cartera de crédito cedida, conformada -en términos generales- por créditos con características heterogéneas, en títulos valores de contenido principalmente crediticio y de características homogéneas.

Así, el proceso de “titularización de créditos bancarios” está compuesto por negocios jurídicos “sucesivos, programados y coordinados”, entre los cuales se encuentran: i) la originación u otorgamiento del crédito por parte de la institución bancaria respectiva (acreedor originario); ii) la auditoria y valoración de la cartera de crédito que será objeto de cesión futura; iii) la cesión definitiva, plena, incondicionada e irrevocable de los créditos otorgados por el acreedor originario, por el plazo remanente hasta su vencimiento, al “vehículo de propósito especializado” (cesionario); iv) la suscripción por parte del cesionario de una línea de crédito bancaria que podrá utilizar tanto como crédito puente para la formalización y pago de la compra-venta de los créditos otorgados por el acreedor originario o como fuente de liquidez que le permita mantener el equilibrio entre su posición activa y su posición pasiva, según expusimos en el punto previo; v) la sus-

7 TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, *Sociedades y Fondos de Inversión y Fondos de Titulización*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1998, p. 280.

cripción de un contrato de fideicomiso irrevocable, en el caso en que el “vehículo de propósito especializado” opere bajo la figura de un fideicomiso; vi) la celebración de un contrato de gestión de la cartera de crédito cedida entre el acreedor originario y el “vehículo de propósito especializado”; vii) la preparación de un prospecto de emisión de los títulos valores que emitirá el “vehículo de propósito especializado”, en caso que la emisión implique oferta pública; viii) la contratación de garantías bancarias (contratos de fianza o cartas de crédito “stand-by”), si fuere necesario; ix) la celebración de contratos de colocación de los títulos valores que emitirá el “vehículo de propósito especializado”; x) la contratación de una agencia calificadora de riesgo para la calificación de riesgo de los títulos valores que emitirá el “vehículo de propósito especializado”.

V. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TÍTULOS VALORES EMITIDOS POR EL “VEHÍCULO DE PROPÓSITO ESPECIALIZADO”

En principio, los valores que se emitan por efecto de un proceso de titularización, tendrán el carácter de derivados o derivativos, es decir, serán instrumentos que tienen su origen en bienes o activos originados por un tercero distinto al emisor de los precitados títulos, y se alimentan del flujo de caja que generan esos bienes que le sirven de activos subyacentes. También, tales bienes pueden servir para garantizarle a los tenedores el pago oportuno de sus acreencias. El precio del derivativo estará íntimamente ligado a la calidad del subyacente y al precio que éste tenga en su propio mercado (de tenerlo) o de la calificación de riesgo correspondiente.

Los títulos valores derivados o derivativos son todos aquellos que, tal como lo señala su nombre, derivan su precio o tienen su origen o dependen de la existencia de un activo subyacente determinado (*Vgr.*, créditos bancarios). Los títulos valores derivados o derivativos no tienen sustento económico-financiero sin la existencia del activo subyacente que les da origen y que mediante la emisión de tales títulos el activo subyacente, en algunos casos, es fraccionado. Es así como entre ambos -activo subyacente y título valor derivado o derivativo- existe una unión indisoluble, pues, reiteramos, sin la existencia del activo subyacente, resultaría imposible en algunos determinar el precio del título valor derivado o derivativo y para otros casos no existiría una fuente cierta de proveniencia del flujo de caja necesario para pagarle a los tenedores de tales títulos⁸.

La Ley de Mercado de Capitales⁹ faculta a la Comisión Nacional de Valores para fijar las reglas conforme a las cuales se podrá autorizar la inscripción y oferta pública de los productos derivados y de los títulos o valores representativos de derechos de participación¹⁰; con base a esa facultad dictó las Normas Relativas a la Oferta Pública sobre la Titularización de Activos, de fecha 10 de septiembre de 2002¹¹. El artículo 53 de la Ley de Mercado de Capitales prescribe que se entenderá por derivativos, entre otros,

8 Al efecto véase MUCI FACCHIN, Gustavo, *Los Contratos de Opciones y Futuros en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, p. 85.

9 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.565, de fecha 22 de octubre de 1998.

10 Artículo 52 de Ley de Mercado de Capitales.

11 Dichas Normas fueron dictadas por la Comisión Nacional de Valores obedeciendo al consenso institucional sobre la importancia de fomentar los procesos de titularización de activos en Venezuela y su repercusión directa en la reactivación del mercado de capitales y de la economía en general, así como su utilidad práctica para ejecutar procesos de refinanciamiento de cartera.

“...cualquier otro tipo de instrumento cuyo valor esté determinado y fijado por referencia al valor de otro activo...”.

Ahora bien, según se estructure el esquema de “titularización de créditos bancarios”, podrá haber variación en los tipos de títulos valores que emita el “vehículo de propósito especializado”. En tal sentido, si el esquema de titularización se ejecuta a través de la figura del fideicomiso, entonces estaremos en presencia de títulos valores de participación crediticia que confieren a sus titulares intereses en una parte alícuota (cuotas o partes indivisas) de la cartera de crédito que les sirve de subyacente, creando entre los titulares una suerte de comunidad pro indiviso¹² respecto a esa cartera de créditos; tales títulos valores constituirán una clara representación de aquellos denominados derivados o derivativos¹³. En este caso, consideramos que los titulares estarían facultados, según prescribe el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, para ejercer en forma conjunta o separada, en la eventualidad de una moratoria, acción oblicua contra cualquiera de los deudores cedidos morosos y así conminarlos al cumplimiento de sus obligaciones y lograr que las cantidades debidas ingresen al patrimonio fiduciario desde donde podrán cobrarse.

Ahora bien, si el esquema de titularización se ejecuta a través del uso de una sociedad, habrá que analizar cada operación en específico a efectos de determinar la naturaleza jurídica del título respectivo, pero si la suerte de dicho título se encuentra estrechamente vinculada a un determinado activo subyacente, como ocurre por ejemplo con las unidades de valor emitidas por las entidades de inversión colectiva, entonces podrá afirmarse que se trata también de un título valor derivado o derivativo independientemente que revista el carácter de título valor de renta variable (acciones) o de renta fija (papeles comerciales u obligaciones).

VI. FORMAS MÁS COMUNES DE TITULARIZAR

Existen dos formas muy comunes de titularizar; a saber: i) los “Pass-throughs”; y, ii) los “Pay-throughs”.

Los “pass-throughs” corresponden al proceso de titularización que se ejecuta a través de la figura del fideicomiso. El acreedor originario actúa como fideicomitente y aporta

12 Al efecto véase KUMMEROW, Gert, *Compendio de Bienes y Derechos Reales*, 3° Edición, Ediciones y Distribuciones “MAGON”, Caracas, 1980, pp. 370-372.

13 A título de ejemplo, citamos el artículo 228-A de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 13 de junio de 2003, el cual prescribe que “Los certificados de participación son títulos de crédito que representan: a) El derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga en fideicomiso irrevocable para ese propósito la sociedad fiduciaria que los emita; b) El derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores; c) O bien el derecho a una parte alícuota del producto neto que resulte de la venta de dichos bienes, derechos o valores.

En el caso de los incisos b) y c), el derecho total de los tenedores de certificados de cada emisión será igual al porcentaje que represente en el momento de hacerse la emisión el valor total nominal de ella en relación con el valor comercial de los bienes, derechos o valores correspondientes fijado por el peritaje practicado en los términos del artículo 228 h. En caso de que al hacerse la adjudicación o venta de dichos bienes, derechos o valores, el valor comercial de éstos hubiere disminuido, sin ser inferior al importe nominal igual al nominal de sus certificados; y, si el valor comercial de la masa fiduciaria fuere inferior al nominal total de la emisión, tendrán derecho a la aplicación íntegra de los bienes o producto neto de la venta de los mismos.”

onerosa, incondicionada e irrevocablemente la cartera de crédito que corresponda, y por la totalidad del plazo remanente hasta el vencimiento, al fideicomiso, creando así un patrimonio fiduciario autónomo e independiente, con el objetivo que el fiduciario emita títulos valores de participación crediticia cuyos titulares serán a su vez beneficiarios del fideicomiso. Se trata de una estructura transparente porque los títulos valores emitidos trasladan el capital y los intereses desde los deudores hasta los inversionistas, a través de los intermediarios (acreedor originario que funge como agente de gestión de la cartera de crédito cedida y el fiduciario que hace los abonos correspondientes a cada uno de los beneficiarios una vez que recibe los fondos del acreedor originario), en una cuota parte de la inversión realizada por el poseedor del título. Este tipo de estructura permite a los inversionistas obtener todos los beneficios generados por el activo subyacente, pero a la vez cargan con el riesgo del activo subyacente. En realidad, el “vehículo de propósito especializado” tan sólo expone a los inversionistas al riesgo de mala administración, puesto que como los plazos de vencimiento de sus activos (cartera de crédito cedida) y sus pasivos (títulos valores de participación crediticia), es difícil que ocurra una moratoria en los pagos.

Los “pay-throughs” corresponden al proceso de titularización que se vale de una persona jurídica independiente (no debe mediar entre el acreedor originario y el “vehículo de propósito especializado” intereses económicos o controles de ninguna naturaleza o especie, si siquiera es conveniente que exista semejanza entre sus respectivas denominaciones sociales), a quien el acreedor originario le vende en forma plena, definitiva e incondicionada la cartera de crédito por la totalidad del plazo remanente hasta su vencimiento, que luego servirá de garantía de los papeles comerciales u obligaciones que el “vehículo de propósito especializado” emita. En consecuencia, este esquema le permite al “vehículo de propósito especializado” emitir títulos de renta fija con términos distintos a los de la cartera de crédito adquirida y atendiendo a las preferencias de los inversionistas, manipulando el flujo de caja de la cartera de créditos a efectos de generar diferentes corrientes de pago. Por ejemplo, separan el principal del crédito de sus intereses y emiten títulos de renta fija que sólo ostentan pagos periódicos de principal y otros que solo implican pagos de intereses, cada uno con vencimientos y planes de pago disímiles. Como quiera que los “pay-through” emiten títulos a plazos diferentes, los pagos anticipados de los deudores son aplicados primero a los títulos de menor plazo y así sucesivamente, de modo tal que se redistribuye el riesgo entre todos los títulos valores emitidos.

En ambas formas de titularizar, el acreedor originario cederá, en forma definitiva, plena e incondicionada, la cartera de crédito a valores de mercado, conjuntamente con los accesorios de esa cartera de crédito y no responderá ante el “vehículo de propósito especializado” ni ante los titulares de los títulos de participación crediticia de la solvencia de los deudores, tampoco deberá estipularse pacto de retracto. Ello es fundamental de cara a la exclusión definitiva de la cartera de crédito del acervo patrimonial del acreedor originario. La cesión deberá ser notificada a los deudores cedidos para que el cesionario pueda ejercer los derechos inherentes a los bienes cedidos, salvo que en los propios contratos de crédito que componen la cartera cedida, los deudores hubieren aceptado explícitamente la cesión sin la previa notificación; a lo cual sugerimos agregar en el contrato de crédito que el acreedor originario, en la eventualidad de una cesión de la acreencia, quedará como agente de cobro y de gestión respecto a ese crédito.

VII. EL MERCADO SECUNDARIO DE HIPOTECAS

1. El Mercado Secundario de Hipotecas en Estados Unidos

El mercado secundario de hipotecas surge en los Estados Unidos de América como respuesta a los problemas que enfrentaba la banca hipotecaria durante la depresión de la década de los 30. Atendiendo a esos problemas, el Congreso de los Estados Unidos promulgó la Ley de Vivienda Nacional de 1934, la cual tenía como objetivo crear un mercado secundario de hipotecas.

El mercado secundario de hipotecas de los Estados Unidos de América creció, en gran parte, debido al proceso de estandarización de las condiciones y términos de otorgamiento de créditos diseñadas por tres agencias gubernamentales, a saber: La “Federal Home Loan Mortgage Corporation” (FHLMC o “Freddie Mac”), la “Federal National Mortgage Association” (FNMA o “Fannie Mae”) y la “Government National Mortgage Association” (GNMA o “Ginnie Mae”).

“Fannie Mae” fue creada en 1938 y por mucho tiempo funcionó como una entidad de ahorro y préstamo “nacional”, obteniendo sus fondos a través de la emisión de obligaciones que le permitían comprar créditos hipotecarios que eran mantenidos en su cartera. A partir del año 1968 esta institución pasó a ser una corporación privada patrocinada por el gobierno de los Estados Unidos de América.

Por su parte, “Ginnie Mae” fue la responsable de crear títulos valores bursátiles garantizados por créditos hipotecarios (conocidos como “Mortgage Backed Securities”), constituyéndose éstos, en su momento, en la innovación más importante del mercado secundario de hipotecas. Es una agencia gubernamental que recibe asistencia del gobierno federal de los Estados Unidos de América, por lo que los títulos que emite están totalmente respaldados por la garantía federal. Únicamente trabaja con créditos hipotecarios garantizados por el gobierno.

Por último, “Freddie Mac” fue establecida en 1970. Es una institución privada, patrocinada por el gobierno de los Estados Unidos de América y está fuera del presupuesto nacional, al igual que “Fannie Mae”. Ambas gozan de una garantía implícita del gobierno de los Estados Unidos de América y se encuentran reguladas por el Departamento de la Vivienda y de Desarrollo Urbano.

2. Avances alcanzados en beneficio de la creación de un mercado secundario de hipotecas en Venezuela

La reforma de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo de noviembre de 1993¹⁴, incorporó una serie de ajustes que pretendían encaminar al Sistema de Nacional de Ahorro y Préstamo hacia la creación de un mercado secundario de hipotecas en Venezuela.

En primer lugar, se redefinió el papel del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo y se le atribuyó la función de promotor del “...mercado secundario de hipotecas...”¹⁵. Adicionalmente, se le encargó el deber de garantizar la restitución de los préstamos hipote-

14 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4.650 Extraordinario, de fecha 25 de noviembre de 1993.

15 V., al efecto el Artículo 38 de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo.

carios, no sólo de las entidades de ahorro y préstamo sino también los otorgados por los bancos hipotecarios; lo cual se haría a través de un fondo especial que se sustentaría con las primas de las garantías.

Por otro lado, el artículo 54 de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo prescribía las operaciones que podía realizar el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo con el fin de cumplir cabalmente con su objeto, principalmente aquel vinculado con la promoción y fomento de un mercado secundario de hipotecas, entre las cuales se encontraban: la adquisición, cesión y enajenación de títulos valores y participaciones garantizadas con hipotecas de primer grado sobre bienes inmuebles; y la emisión de bonos y otros instrumentos de captación de fondos.

Ahora bien, la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo fue derogada por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela Extraordinaria* número 5.555, de fecha 13 de noviembre de 2001. Como consecuencia de la derogatoria de la Ley Nacional de Ahorro y Préstamo, las funciones, atribuciones y poderes del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo pasaron a estar reguladas por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras en sus artículos 339¹⁶ y 362¹⁷, manteniendo todas las funciones vinculadas al desarrollo del mercado secundario de hipotecas que estaban previstas en la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo.

De acuerdo con sus atribuciones, el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo dictó el 30 de junio de 1994, las “Políticas generales y específicas del mercado secundario de hipotecas”, las cuales buscaban orientar el proceso de creación, fomento y desarrollo del mercado secundario de hipotecas en Venezuela¹⁸.

16 Artículo 339 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras: “El Banco Nacional de Ahorro y Préstamo tiene por objeto la promoción y desarrollo del mercado de valores hipotecarios, y la administración y canalización de recursos destinados fundamentalmente al financiamiento de planes y proyectos habitacionales. A tales efectos tendrá a su cargo, entre otras, las siguientes funciones: 1. Promover el desarrollo de un mercado de hipotecas y participar en el mismo a través del uso de recursos propios o mediante la canalización de fondos del mercado. 2. Actuar como organismo intermediario del Estado para la administración y canalización de recursos destinados al desarrollo de los planes habitacionales. 3. Garantizar la restitución de préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda familiar, locales comerciales y oficinas, y préstamos a constructores, en los términos que acuerde su Junta Directiva. 4. Realizar cualquier otra actividad compatible con su objeto.”

17 Artículo 362 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras: “A los fines del cumplimiento de su objeto, el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo sólo podrá realizar las siguientes operaciones: 1. Adquirir, ceder y enajenar títulos valores y participaciones garantizadas con hipotecas de primer grado sobre bienes inmuebles. 2. Adquirir títulos valores emitidos o avalados por la Nación o por bancos e instituciones financieras o títulos emitidos por el Banco Central de Venezuela. 3. Recibir depósitos oficiales y de otras fuentes institucionales, para cumplir los objetivos indicados en este Decreto Ley. 4. Realizar las operaciones de fideicomiso y encargos de confianza de conformidad con este Decreto Ley y con las leyes que rijan la materia. 5. Prestar las garantías hipotecarias conforme a los términos previstos en este Decreto Ley. 6. Adquirir bienes inmuebles dentro de los límites que le establezca la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras. 7. Crear y administrar fondos y otros mecanismos que permitan garantizar créditos hipotecarios y títulos valores derivados de éstos. 8. Crear sistemas de información sobre aspectos relacionados con el objeto del Banco y ofrecer servicios de información de utilidad para el mercado, deudores hipotecarios, público en general y todos aquellos entes públicos y privados que se benefician de su uso; 9. Conceder a su Presidente, Directores, funcionarios y obreros del Banco, préstamos conforme a lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 185 de este Decreto Ley. 10. Otorgar fianzas, cauciones y cualquier otro tipo de garantía, conforme a las disposiciones establecidas en este Decreto Ley.”

18 Entre dichas políticas, destacan las siguientes: *Políticas Generales*: i) Los títulos que se negociarán estarán garantizados por hipotecas de primer grado sobre bienes inmuebles. Los créditos concedidos sobre dichas hipotecas preferentemente deberán estar respaldados por la garantía de restitución de préstamos que otorga el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo. Además, los plazos, rendimientos y demás características de los préstamos deberán adecuarse a las necesidades del mercado; ii) se llevará a cabo una investigación, tanto nacional como internacional, para

Luego, con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 38.182, de fecha 09 de mayo de 2005, ahora el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat asume las competencias y funciones del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo¹⁹. El Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, según prescribe la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat es un Instituto Autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco Nacional, con autonomía financiera, organizativa, administrativa y funcional, adscrito al Ministerio con competencia en materia de vivienda y hábitat; goza de las prerrogativas, privilegios y exenciones de orden fiscal, tributario y procesal que la ley otorga a la República. Es un banco de desarrollo del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat. Entre sus atribuciones se encuentra el desarrollo del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat, mediante la promoción del desarrollo del mercado de valores hipotecario²⁰, y como competencias la de promover, evaluar y controlar el desarrollo del mercado primario y secundario de créditos hipotecarios orientados a la vivienda y hábitat²¹.

A los efectos de de la promoción del desarrollo del mercado secundario de hipotecas, el Banco Nacional de la Vivienda y Hábitat podrá llevar a cabo variedad de actividades, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: i) emitir valores hipotecarios; ii) adquisición de créditos hipotecarios; iii) adquisición de valores hipotecarios; iv) evaluar y calificar el riesgo en las emisiones de valores hipotecarios; v) desarrollar los modelos de contratos de créditos hipotecarios con el fin de obtener una estandarización documental que respalde los activos que servirán de subyacentes a los valores que circularán en el mercado secundario de hipotecas²².

Asimismo, la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat contempla otros elementos que sirven de base para el desarrollo del mercado secundario de hipotecas, a saber: i) la obligación de auditar técnicamente la cartera hipotecaria que servirá de garantía a una emisión de valores hipotecarios²³ y obtener certificación de especialistas

diseñar nuevos instrumentos de comercialización que posibiliten ofertar un mayor número de títulos en el mercado secundario de hipotecas; iii) el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo apoyará la actualización del marco regulatorio de las operaciones del sector hipotecario y del mercado de valores hipotecarios; iv) el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo utilizará parte de sus recursos para desarrollar y fomentar el mercado secundario de hipotecas. *Políticas Específicas*: i) El Banco Nacional de Ahorro y Préstamo adquirirá, preferentemente, títulos a nivel primario de aquellos entes hipotecarios que presenten necesidades de recursos para el financiamiento habitacional, tanto corto como a largo plazo; ii) la negociación se llevará a cabo con títulos hipotecarios emitidos por entidades de ahorro y préstamo, bancos hipotecarios u otros entes institucionales, así como los originados por medio de fideicomisos con garantía de créditos hipotecarios; iii) las condiciones bajo las cuales el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo adquirirá los títulos que se emitan serán determinadas a través de convenios realizados entre éste y los entes emisores; iv) el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo le exigirá a los emisores, además de la garantía hipotecaria, las siguientes condiciones específicas para que los títulos que se emitan confieran la mayor seguridad a los inversionistas: a) en caso que se genere un atraso en los pagos por parte de los prestatarios de créditos hipotecarios que respalden la emisión de los títulos, deberán ser sustituidos; b) el monto de las emisiones no podrá ser superior a un porcentaje preestablecido de la cartera hipotecaria dada en garantía, el cual se determinará al momento de cada emisión; c) se harán auditorías especiales de las carteras que garanticen las emisiones; d) deberá haber información precisa acerca del historial de morosidad de la cartera que respalda a los títulos emitidos; e) se deberá mantener en el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo un porcentaje del monto de la emisión para garantizar el pago oportuno del principal y los intereses de los títulos.

19 Al efecto véase el artículo 49 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat.

20 Al efecto véase el número 2 del artículo 54 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat.

21 Al efecto véase el número 20 del artículo 55 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat.

22 Al efecto véase el artículo 137 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat.

23 Al efecto véase el artículo 218 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat.

sobre la situación de riesgo de la precitada cartera; ii) la previsión de cláusulas de reemplazo o sustitución de activos subyacentes (*Vgr.*, créditos hipotecarios) y la sobrecolateralización por parte del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, de la emisión de valores hipotecarios en aquellos casos donde la garantía de la cartera hipotecaria sea insuficiente de cara a los riesgos de incumplimiento; iii) la creación, por parte del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, de un fondo de liquidez²⁴ que permita garantizar el repago de las acreencias de los inversionistas producto de la emisión de valores hipotecarios por parte del prenombrado banco; y, iv) la exención de tasas y pagos de registro en los términos prescritos en el artículo 220 de la Ley de Régimen Especial de Vivienda y Hábitat.

Por otra parte, la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.098, de fecha 3 de enero de 2005, en adelante la LEPDHV, prescribe que el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, ahora Banco Nacional de Vivienda y Hábitat al entrar en vigencia la Ley de Régimen Especial de Vivienda y Hábitat arriba comentada, en unos casos estará obligado a adquirir de las instituciones que señala la Ley los crédito hipotecarios y, en otros casos, tendrá el derecho más no la obligación de adquirirlos.

Los casos o situaciones donde se encuentra presente la obligación de compra de cartera de crédito son los siguientes:

1. “Todos los créditos hipotecarios otorgados para la adquisición, construcción, remodelación y ampliación de vivienda principal desde la promulgación de la Ley del Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, del otorgamiento de Créditos de Área de Asistencia III, y los otorgados con recursos provenientes del Estado venezolano, a través de aportes fiscales o parafiscales, así como con recursos aportados por ahorristas suscritos a la Ley del Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, y por lo tanto bajo su tutela y los otorgados por la banca u operadores financieros calculados en base a las diversas modalidades financieras, serán cedidos al Banco Nacional de Ahorro y Préstamo”, dicha cesión se encuentra sujeta a la previa reestructuración de cada crédito de común acuerdo con el deudor y previo pago al deudor por parte de la institución de aquellas cantidades que luego de la reestructuración resultaron haber sido pagadas en exceso por parte del deudor hipotecario (véase al efecto el artículo 12 de la LEPDHV);

2. Serán cedidos al Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (ahora Banco Nacional de Vivienda y Hábitat), según los parámetros que establezca el Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI), la cartera de créditos hipotecarios indexados y doble indexados que hubieran sido otorgados con recursos fiscales o parafiscales del Estados o ahorros de los trabajadores bajo su tutela, como el Fondo de Ahorro Habitacional y el Fondo Mutual Habitacional (véase al efecto el artículo 16 de la LEPDHV).

El caso o situación donde se encuentra presente el derecho de compra de cartera de crédito por parte del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo ahora Banco Nacional de Vivienda y Hábitat) es el siguiente:

El Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (ahora Banco Nacional de Vivienda y Hábitat) podrá adquirir la cartera de créditos hipotecarios indexados o doble indexados, que maneje la banca privada destinada a vivienda principal y que sea claramente demostrable que dicha cartera está conformada por créditos hipotecarios que fueron otorgados con recursos propios de la banca u operadores financieros y no producto directo o indirecto de los recursos del Estado, o los que se encuentran bajo su tutela. La compra de la referida cartera se encuentra supeditada a la previa reestructuración según lo prescrito por la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de enero de 2002, y sus subsiguientes aclaratorias (véase al efecto el artículo 19 de la LEPDHV).

24 Al efecto véase el artículo 219 de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat.

Por otra parte, prescribe la LEPDHV el principio armonización de las condiciones y términos de los contratos de crédito hipotecario, los cuales deberán ser redactados por las instituciones y los acreedores particulares conforme al modelo de contrato que deberá suministrar el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, ahora Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (al efecto véase el literal a) del artículo 30 de la LEPDHV).

En consecuencia, tanto la obligación y el derecho de compra de las carteras de crédito hipotecario, como el principio de armonización de los términos y condiciones de los créditos hipotecarios, son elementos que tienen como objetivo el desarrollo del mercado secundario de hipotecas. Ahora bien, interpretamos del texto de la LEPDHV que dicho desarrollo se pretende realizar, inicialmente, mediante la compra, por parte del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (ahora Banco Nacional de Vivienda y Hábitat), de la cartera de crédito hipotecario con la posterior emisión de cédulas o títulos hipotecarios que tendrán como respaldo la cartera de crédito cedida o adquirida a las instituciones y acreedores particulares.

La LEPDHV recoge la fundamental importancia que tiene el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (ahora Banco Nacional de Vivienda y Hábitat) en el desarrollo del mercado secundario de hipotecas. Es claro que el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (Banco Nacional de Vivienda y Hábitat) juega y debe jugar un papel importantísimo en lo que respecta a la creación y desarrollo del mercado secundario de hipotecas en Venezuela, pues, como expusimos *supra*, le corresponde fungir de promotor, garante y regulador de dicho mercado. No obstante, ello a la fecha no ha ocurrido, no solo por problemas de orden económico y de falta de profundidad del mercado de capitales, sino también a ciertos obstáculos legales que aún no se han logrado derrumbar (ni siquiera con la promulgación de la LEPDHV y que expondremos de seguidas. Tales obstáculos legales dificultan a los bancos y demás instituciones financieras llevar a cabo procesos de titularización de carácter independiente, dirigida principalmente al mercado de valores y sin contar con la intervención exclusiva del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (Banco Nacional de Vivienda y Hábitat) en la adquisición de la cartera de crédito.

VIII. OBSTÁCULOS LEGALES QUE ENFRENTAN LOS PROCESOS DE “TITULARIZACIÓN DE CRÉDITOS BANCARIOS”

El desarrollo de los procesos de “titularización de créditos bancarios” se ha visto obstaculizado por diversas disposiciones legales que no han sido abordadas expresamente, ni con la reforma de la derogada Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, ni en la última reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, ni en la última reforma de la Ley de Mercado de Capitales, y mucho menos en la LEPDHV y en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat. Tales obstáculos son de orden civil, mercantil, financiero y tributario.

A continuación reiteramos las consideraciones que sobre tales obstáculos hemos expuesto en el pasado²⁵:

25 Al efecto véase MUCI FACCHIN, Gustavo, “Titularizar cartera de crédito de la banca intervenida”, El Nacional, Caracas, 20 de febrero de 1995; MUCI FACCHIN, Gustavo, “Proyecto de Reforma de la Ley de Bancos y otras Instituciones Financieras ¿Es conveniente la titularización de créditos?”, *Revista Inversiones*, Caracas, Abril-Mayo, 2001; MUCI FACCHIN, Gustavo y MARTÍN PONTE, Rafael, “La Titularización de Activos: Una Necesidad Inmedia-

1. *Consideraciones de orden civil y mercantil*: Los activos subyacentes que sirven de garantía a la emisión de los títulos valores deben revestir la forma de una venta o cesión definitiva, plena e incondicionada, que impida ser atacada por los acreedores del acreedor originario en caso de su quiebra o de su intervención administrativa. Esto, a su vez plantea tres (3) distintos problemas legales a luz de la legislación venezolana que se traducen en verdaderos obstáculos al desarrollo de los procesos de titularización; a saber: i) que el cedente o acreedor originario no se encuentre obligado a conceder garantía al cesionario ni asegure el buen fin de la operación; ii) que le sea permitido al cedente o acreedor originario conservar la administración y gestión de la cartera de crédito cedida, salvo pacto en contrario; iii) en la eventualidad que por producto de un proceso de titularización se emitan certificados de participación inmobiliaria, se podrá establecer derechos de aprovechamiento directo del inmueble fideicometido, cuya extensión, alcance y modalidades se deberán determinar en el prospecto de emisión correspondiente; iv) los procesos de titularización que tengan por objeto créditos hipotecarios, sólo podrán corresponder a hipotecas de primer grado; v) el cumplimiento legal de la notificación del deudor cedido (artículo 1.550 del Código Civil venezolano) en la eventualidad que el deudor no haya consentido en el contrato de crédito explícitamente a la cesión²⁶; vi) Prever que los títulos de participación crediticia que se emitan en función de un proceso de titularización tendrán el carácter de títulos ejecutivos; vii) la inexistencia de una cesión durante el período de sospecha a que se refiere el artículo 945 del Código de Comercio venezolano que pueda afectar o anular la cesión o cesiones realizadas. Sobre este particular, consideramos conveniente modificar la Ley de Mercado de Capitales a objeto de prever, a nivel legal, la creación de vehículos de propósito especializado para la titularización de activos (sociedades mercantiles y/o fideicomisos) y la eliminación expresa del requerimiento de notificación al deudor cedido cuando las mismas se destinen a la titularización de activos; pero tal exclusión debe estar condicionada a que el cedente o acreedor originario y el cesionario hayan celebrado un contrato previo mediante el cual el cedente o acreedor originario haya sido designado por el cesionario como su mandatario en cuanto a la gestión del cobro de los créditos cedidos. Adicionalmente, las transferencias de activos financieros que se realicen por efecto de un proceso de “titularización” deberán también estar legalmente excluidas de la aplicación de las nulidades previstas (para los casos de quiebra) en los artículos 936 y 945 del Código de Comercio venezolano.

2. *Consideraciones de orden bancario*: También consideramos apropiada la modificación de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras en los siguientes términos:

- (i) Incluir dentro del ámbito de aplicación de la referida Ley a las empresas emisoras de títulos valores producto de procesos de titularización, es decir, a los vehículos de propósito especializado para la titularización.
- (ii) Incluir dentro de la sección vinculada a las operaciones conexas o vinculadas (Sección Primera, Capítulo IV, Título I de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras) una mención a los procesos de titularización de acti-

ta”, *Revista Dinero*, Caracas, Junio 2002; MUCI FACCHIN, Gustavo y MARTÍN PONTE, Rafael, *Regulación Bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 207 y ss.

26 A título de ejemplo, destacamos que Bélgica modificó el artículo 1.690 de su Código Civil a efectos de permitir la cesión de cuentas por cobrar sin la notificación del deudor cedido. Antes de dicha modificación, los traspasos de cuentas por cobrar debían realizarse a través del pago con subrogación que no requería, conforme a la legislación Belga, notificación al deudor. En Francia, el pago con subrogación es la figura jurídica utilizada para estos fines. En Alemania, la cesión de cuentas por cobrar no tiene que cubrir notificación al deudor cedido, igual ocurre en Italia, España y Argentina.

vos, en el cual se establezca que los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras podrán desarrollar procesos de titularización de su cartera de créditos mediante la venta de los mismos a una empresa creada al efecto o mediante el traspaso en propiedad o aporte de los mismos (en forma irrevocable e incondicionada) a un fideicomiso en otra institución financiera o empresa de seguros, con el fin de proceder a emitir títulos valores respaldados por tales activos. La Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras dictará las normas prudenciales de carácter general que regularán el proceso de titularización llevado a cabo por los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras reguladas por la Ley; ello, sin menoscabo de las normas que a tales efectos dicte el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat con la finalidad de fomentar el mercado secundario de hipotecas, para lo cual ambos entes deberán estar coordinados.

- (iii) Permitirle a los bancos y demás instituciones financieras la no consolidación contable-financiero con la sociedad de propósito especializado que hubieren constituido con el propósito de titularizar créditos que hubieren inicialmente originado, para lo cual la constitución de dicha sociedad deberá estar precedida de la autorización de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.
- (iv) Incluir una disposición final en la que se determine que en los procesos de titularización que lleven a cabo los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras, bien por intermedio de sociedades mercantiles creadas al efecto o por conducto de fideicomisos, no se apliquen las formalidades contenidas en los artículos 1.550, 1.916 y 1.920 del Código Civil venezolano. Asimismo, habría que determinar que con el traspaso o cesión, en propiedad plena e incondicional, de la cartera de crédito en los procesos de titularización, se transfiera de pleno derecho, sin requisito o formalidad adicional, tanto el derecho o crédito como las garantías constituidas sobre tales créditos que son sus accesorios. En caso de ser necesaria la ejecución de las garantías, deberá prevverse que el traspaso del crédito y de la garantía deberán ser previamente inscritas en el registro correspondiente, en cuyo caso tampoco se aplicarán los derechos de registro respectivos. De igual modo, consideramos oportuno incluir una regulación según la cual se determine que a menos que el proceso de titularización se haya estructurado en fraude de terceros, lo cual deberá ser declarado por juez competente en sentencia ejecutoriada, no podrá declararse total o parcialmente, la nulidad, simulación o ineficacia de la transferencia de los activos al fideicomiso o a la sociedad creada al efecto, cuando ello devenga en perjuicio para los inversionistas de los títulos valores respaldados por los referidos activos, sin menoscabo de las acciones penales o civiles a que hubiere lugar. A fin de fomentar estos procesos desde el punto de vista fiscal, también podría prevverse en la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras que dichas operaciones estarán exentas de impuesto y del pago de derechos registrales todas las cesiones o ventas de activos que realicen los bancos, entidades de ahorro y préstamos y demás instituciones financieras con el fin de titularizarlos; y, que estarán exentas de impuestos los rendimientos financieros y las ganancias de capital generadas por los títulos valores que se emitan como consecuencia de procesos de titularización.

- (v) Prever que los títulos de participación crediticia que se emitan en función de un proceso de titularización tendrán el carácter de títulos ejecutivos.
- (vi) Prever que el cedente o acreedor originario no se encuentre obligado a conceder garantía al cesionario ni asegurar el buen fin de la operación.
- (vii) Prever que le sea permitido al cedente o acreedor originario conservar la administración y gestión de la cartera de crédito cedida, salvo pacto en contrario.
- (viii) Prever que en la eventualidad que por producto de un proceso de titularización se emitan certificados de participación inmobiliaria, se podrán establecer derechos de aprovechamiento directo del inmueble fideicometido, cuya extensión, alcance y modalidades se deberán determinar en el prospecto de emisión correspondiente.
- (ix) Prever que los procesos de titularización que tengan por objeto créditos hipotecarios, sólo podrán corresponder a hipotecas de primer grado.
- (x) Incluir una nueva disposición que prevea que los procesos de liquidación de activos de FOGADE pueden realizarse por conducto de la titularización de dichos activos. En este sentido, FOGADE estará habilitado para dictar las normas pertinentes. En tales procesos de titularización se entenderán inaplicables las formalidades contenidas en los artículos 1550, 1916 y 1920 del Código Civil²⁷.

3. *Consideraciones a la luz de la legislación venezolana de mercado de capitales:* La oferta pública de títulos valores producto de procesos de titularización supone el cumplimiento de los requisitos y condiciones incluidos en la Ley de Mercado de Capitales, lo cual conlleva a la necesidad de obtener una autorización previa de la Comisión Nacional de Valores²⁷. Sobre este particular, cabe indicar que el referido órgano administrativo ha regulado recientemente la titularización de activos en Venezuela, mediante la promulgación el pasado 10 de septiembre de 2002 de las “Normas Relativas a la Oferta Pública sobre la Titularización de Activos”. En general, las “Normas Relativas a la Oferta Pública sobre la Titularización de Activos” prevén: (i) *Autorización Previa:* Siendo que la titularización de activos envuelve la emisión pública de títulos valores, es necesaria la autorización previa de la Comisión Nacional de Valores (artículos 4 y 5); (ii) *Constitución del Vehículo de Propósito Especializado:* Se permite la constitución de sociedades anónimas y/o el establecimiento de fideicomisos, lo cual, a nuestro juicio, representa un gran avance regulatorio (artículo 1º), dejando así de lado la incrédula visión de que los procesos de titularización sólo pueden ejecutarse mediante fideicomisos, aceptándose en consecuencia la creación del vehículo de propósito especializado, que permite abiertamente la canalización de los procesos de titularización de activos por intermedio de sociedades mercantiles; (iii) *Garantías:* Para dar mayor tranquilidad al mercado y garantizar la colocación de los títulos valores, la Comisión Nacional de Valores podrá requerir la constitución de garantías (*V.gr.* Garantías generales, exceso de flujo de fondos, sustitución de activos, créditos, póliza de seguros o fideicomisos de garantía); (iv) *Colocación:* La colocación primaria de los títulos valores podrá ser realizada directamente por los Vehículos de Propósito Especializados o a través de agentes de colocación. En estos casos, la colocación podrá ser en firme o según los mejores esfuerzos (artículos 6 y 7)²⁸; (v) *Desmaterialización:* Los títulos de participación podrán representarse me-

27 Artículo 4º de las Normas Relativas a la Oferta Pública sobre la Titularización de Activos.

28 Para un análisis más detallado de los esquemas de titularización de activos, véase FRANKEL, Tamar, *Securitization, Structured Financing, Financial Assets Pools, and Asset-Backed Securities*, ts I y II, Little, Brown and Company, Boston, 1991.

diante anotaciones en cuenta o por certificados y de ser representados mediante anotaciones en cuenta su desmaterialización deberá hacerse a través de la Caja de Valores de Venezuela (artículo 4); y, (vi) *Compradores Institucionales Calificados*: Atendiendo a lo previsto en las Normas, se consideran Compradores Institucionales Calificados a las Sociedades de Corretaje y Casas de Cambio, Bancos y Entidades de Ahorro y Préstamo, Compañías de Seguros, y Sociedades Administradoras de Entidades de Inversión Colectiva. Ahora bien, no queda claro a que efectos las Normas califican a tales instituciones como Compradores Institucionales Calificados. En otros sistemas legales la calificación se hace a efectos de no requerir la autorización previa del ente supervisor y regulador (entiéndase la Comisión Nacional de Valores) cuando la oferta de los títulos valores tiene como destinatarios a los Compradores Institucionales Calificados, quienes por gozar de experiencia y conocimientos financieros entiende el ente supervisor y regulador que cuentan con los recursos suficientes para entender y medir los riesgos y las implicaciones de las inversiones que realizan.

4. *Consideraciones de orden tributario*: Si bien es cierto que las operaciones de titularización que involucran al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat se encuentran, en algunos casos, favorecidas con la exención tributaria prevista en el artículo 338 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, dicha exención no arropa a aquellas operaciones de titularización se realicen a través de un “vehículo de propósito especializado” privado sin la intervención del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat. En consecuencia, encontramos que el costo tributario constituye un bemol importante para el desarrollo de la titularización en nuestro país.

En materia tributaria hay que tener presente cuatro (4) distintos aspectos cuando se desarrollen operaciones de titularización: (i) problemas con la impuesto a las donaciones, si el descuento de los títulos cedidos es mayor que el imperante en el mercado; (ii) si la venta o cesión de los activos financieros implica una pérdida o una ganancia para el cedente o acreedor originario y, en consecuencia, la procedencia del pago de los impuestos correspondientes; (iii) si la emisión de los títulos valores pudiese tener consecuencias fiscales para el emisor de los mismos, que en principio pareciera improcedente, mas allá de la obligación de retención que se deriva de los intereses que se generen por el pago del rendimiento sobre los mismos; y, (iv) si los poseedores de los títulos valores pudiesen verse afectados por los tributos aplicables a los rendimientos derivados de los indicados instrumentos. Claro, las consideraciones fiscales deberán ser revisadas en función de cada operación en particular, pero pareciera prudente prever en la misma Ley de Mercado de Capitales y en la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, que las cesiones o venta de los activos que sirvan de fuente a la titularización y los rendimientos que los poseedores de los títulos valores perciban no sean sujetos a ninguna obligación tributaria, con el fin u objeto de fomentar el mercado de valores y estabilizar la economía nacional, como ha ocurrido, por ejemplo en la Argentina donde la Ley N° 24.441 (Financiamiento de la Vivienda y la Construcción), promulgada en fecha 9 de enero de 1995, la cual contempla un tratamiento impositivo preferente al proceso de titularización de activos. Igualmente lo hace la Ley N° 24.083 (Fondos Comunes de Inversión), de fecha 11 de junio de 1992.

IX. BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA TITULARIZACIÓN Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS (FACTORING, CÉDULAS HIPOTECARIAS, FONDOS DEL MERCADO MONETARIO)

1. *La titularización y el factoring*: El factoring es un contrato de contenido financiero, de tracto sucesivo, bilateral, consensual, conmutativo y oneroso, mediante el cual un banco o una institución financiera adquiere de su cliente las facturas o efectos comerciales o cuentas por cobrar que dicho cliente tiene frente a terceros. La entidad bancaria o financiera asume, además, el riesgo de la cobranza de las facturas objeto del factoring. La doctrina lo ha considerado como un “contrato financiero que se celebra entre una entidad financiera (sociedad de factoring) y una empresa (factoreada), por el cual la primera se obliga a adquirir todos los créditos que se originen a favor de la segunda, en virtud de su actividad comercial, durante un determinado plazo”²⁹.

Ahora bien, aunque al igual que en la titularización en el factoring se encuentra presente la compraventa a descuento de facturas comerciales, dicha compraventa no persigue la transformación y fraccionamiento de tales activos en títulos valores negociables como si ocurre en la titularización.

2. *La titularización y los títulos hipotecarios*. El artículo 100 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras faculta a los bancos hipotecarios emitir títulos hipotecarios con garantía especial de créditos hipotecarios determinados. Tales títulos hipotecarios son títulos de crédito mediante los cuales un banco hipotecario capta recursos de los ahorristas y se compromete a pagarles una cantidad determinada de dinero a una fecha dada³⁰, garantizando la emisión con determinados créditos hipotecario.

Ahora bien, la emisión de títulos hipotecarios no lleva consigo la cesión o enajenación de una cartera de crédito a un “vehículo de propósito especializado”, como si ocurre en el proceso de titularización. Con la emisión de los títulos hipotecarios, el banco emisor no se desprende del riesgo de la cartera de crédito que garantiza la emisión, dichos créditos no salen de su patrimonio. Por tanto, el título hipotecario tan solo es un instrumento de captación que no comporta para el banco los beneficios de la titularización, tales como: (i) disminución de costos operativos por concepto de menores exigencias de niveles de solvencia; (ii) rotación dinámica de la cartera crédito con antelación a su vencimiento, anticipando de esta manera su valor descontando, permitiéndole así incorporar los recursos obtenidos por la cesión de los créditos a su actividad productiva, ya sea para otorgar nuevos créditos o realizar nuevas inversiones; entre otros ya expuestos *supra*.

3. *La titularización y los fondos del mercado monetario*. La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras regula en el artículo 126 y siguientes a los fondos del mercado monetario. De conformidad con el precitado artículo, los fondos del mercado monetario son aquellos que “tienen como objeto vender al público títulos o valores, así como los derechos y participaciones sobre los mismos, en fondos de activos líquidos, y otros fondos o modalidades creados con tal finalidad, en los términos regulados por el presente Decreto Ley a excepción de los fondos fiduciarios; así como realizar las demás operaciones compatibles con su naturaleza que hayan sido autorizadas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras con las limitaciones que este Organismo establezca.”

29 FAJRE, José Benito, “Contratos Financieros Factoring”, en obra colectiva *Contratos Especiales en el Siglo XXI*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 161.

30 Al efecto véase MUCI-ABRAHAM, José, *Cédulas Hipotecarias (Estudio Técnico Jurídico)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978.

Los fondos del mercado monetario solamente están facultados para adquirir títulos valores para la reventa o para ceder derechos sobre los mismos; el artículo 120 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras prescribe los títulos valores que los fondos del mercado monetario pueden adquirir. De manera que los fondos del mercado monetario realizan actividades de titularización cuando emiten participaciones sobre la cartera de inversión que sirva de activo subyacente a la respectiva emisión y por ello en dicho aspecto funge como un “vehículo de propósito especializado” en los términos descritos en el presente trabajo; no obstante, por la obligación de recompra o rescate que llevan aparejados los títulos de participación, éstos ostentan el carácter de títulos de crédito a la vista, cosa que no ocurre en el proceso de titularización que hemos abordado en este trabajo, pues los títulos valores emitidos en dicho proceso, en unos casos, reflejan simétricamente las condiciones y términos del activo subyacente y además son colocados en el mercado de capitales para su fácil negociación y no comportan derechos de recompra, el tenedor que desee desprenderse de su inversión tendrá que negociar en el mercado de capitales. Por otra parte, los fondos del mercado monetario están impedidos de emitir derechos o participaciones sobre los rendimientos por cobrar o futuros de títulos o valores, mientras que en los procesos de titularización que hemos descrito en el presente trabajo eso mismo es una posibilidad y una práctica comercial que no debe ser restringida, pues limitaría la versatilidad propia de los procesos de titularización.

BIBLIOGRAFÍA

- FAJRE, José Benito, “Contratos Financieros. Factoring”, en obra colectiva *Contratos Especiales en el Siglo XXI*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- FEENEY, Paul W., “Securitization, Redefining the Bank”, *St. Martin’s Press in association with the Loughborough University Banking Centre*, Nueva York, 1995.
- FRANKEL, Tamar, *Securitization, Structured Financing, Financial Assets Pools, and Asset-Backed Securities*, Tomos I y II, Little, Brown and Company, Boston, 1991.
- KUMMEROW, Gert, *Compendio de Bienes y Derechos Reales*, 3^o Edición, Ediciones y Distribuciones “MAGON”, Caracas, 1980.
- MUCI-ABRAHAM, José, *Cédulas Hipotecarias (Estudio Técnico Jurídico)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978.
- MUCI FACCHIN, Gustavo, “Titularizar cartera de crédito de la banca intervenida”, *El Nacional*, Caracas, 20 de febrero de 1995.
- MUCI FACCHIN, Gustavo, “Proyecto de Reforma de la Ley de Bancos y otras Instituciones Financieras ¿Es conveniente la titularización de créditos?”, *Revista Inversiones*, Caracas, Abril-Mayo, 2001.
- MUCI FACCHIN, Gustavo y Rafael Martín Ponte, “La Titularización de Activos: Una Necesidad Inmediata”, *Revista Dinero*, Caracas, Junio 2002.
- MUCI FACCHIN, Gustavo, *Los Contratos de Opciones y Futuros en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998.
- MUCI FACCHIN, Gustavo y Rafael Martín Ponte, *Regulación Bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004.

SCHWARCZ, Steven L., *Structured Finance, A Guide to the Principles of Asset Securitization*, 2º Edición, Practising Law Institute, Nueva York, 1993.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, *Sociedades y Fondos de Inversión y Fondos de Titulización*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1998.

§25. LA ACTIVIDAD DE DESREGULACIÓN DE LOS MERCADOS COMO MECANISMO PARA EL FOMENTO DE LA COMPETENCIA

Joaquin David Bracho Dos Santos

Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello

I. INTRODUCCIÓN

La concepción de las funciones del Estado en la economía y en la sociedad, ha sufrido distintas transformaciones a los largo de los años. En un principio, se visualizó al *Estado benefactor*, que ejercía un excesivo protagonismo dentro de la economía, interviniendo, protegiendo, y restringiendo la libertad o derechos económicos de los particulares. Era el único y monopólico prestador de los servicios públicos -ampliamente acogido en Latinoamérica y en especial en nuestro país- de gestión burocrática y autocrática de los servicios, encargado de configurar el orden económico y social, mediante la fijación de precios y la asignación de rentas, garante de las prestaciones y de producir y gestionar bienes y servicios para todos.

Posteriormente, surgió el modelo de Estado que modifica su naturaleza, renunciando a muchas de sus actividades inherentes y que en consecuencia se *desliga* de las tareas no esenciales, confirmando dichas potestades y atribuciones a personas jurídicas distintas, dejando a un lado su intervención directa en la actividad económica, y asumiendo la prestación de aquellas actividades en las cuales el sector privado no pueda participar. Esta tendencia de delegar poderes, le otorga al Estado ciertamente, el funcionamiento de una economía mediante la fijación de unas reglas de juego -*Estado regulador*- que garantice el mercado y las transacciones, y la búsqueda de la participación de un nuevo modelo de desarrollo y de gestión del sector privado en la consecución de los fines estatales. La tarea tradicional del Estado en prestar los servicios públicos, se comparte con los particulares, en procura de asegurar el mayor bienestar social posible a la colectividad, en consecuencia, las necesidades públicas no son únicamente satisfechas por la prestación del Estado, sino que también son satisfechas por la prestación de la actividad privada, surgiendo así el denominado servicio de interés económico general¹. Existe pues, una redefinición de la estructura, concepción o funcionalidad de los servicios públicos tradicionales, en la cual el servicio público pasa a denotar una naturaleza o fin netamente económico, considerándosele como un mercado, en el cual el usuario es un cliente y las tarifas son los precios.

La desconfianza creciente en la colectividad, producto de la ineficaz gestión pública (por la excesiva política intervencionista del Estado en el mercado) condujo al fomento de nuevas políticas de servicio en procura de un máximo beneficio para la colectividad, redimensionando las funciones del Estado en la economía y en la sociedad, mediante las

¹ V., ARAUJO-JUÁREZ, José, en su *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, Editores Vadell Hermanos, Caracas, 2003, pp.110 y ss

llamadas reformas estructurales, formadas por políticas de desmontaje del anterior esquema de intervención y participación del Estado, por uno más eficiente que permita la instauración de mercados privados.

Bajo el contexto de ese nuevo rol que ejerce el Estado, se resume por así decirlo, una de sus actividades fundamentales, como lo es la actividad de fomento, entendida por Parada Vázquez² como “*aquella modalidad de intervención administrativa que consiste en dirigir la acción de los particulares hacia fines de interés general mediante el otorgamiento de incentivos diversos...*”. En efecto, mediante las reformas regulatorias, se comienzan a establecer nuevas vías, técnicas y modos, de creación de marcos jurídicos, para imprimirles a los particulares una efectiva participación económica, ofreciéndoles una serie de ventajas que los incentiven en el ejercicio de actividades desplegadas tradicionalmente por el sector público, mediante la instauración y operatividad de un libre mercado, en el cual no existan barreras a la competencia y a la innovación. He aquí pues, el momento preciso, por medio del cual el Estado asume un nuevo papel protagónico en el contexto general de la sociedad. Constituye entonces, la desregulación el instrumento adecuado para que el Estado delegue sus competencias tradicionales en cabeza de los particulares. Lo cual va íntimamente unido al concepto político de la participación, por cierto término acogido en las Constituciones modernas, sobre todo a partir del nacimiento de la Constitución Española de 1978³. A nuestro juicio, el Estado Promotor y de Fomento, que utiliza la desregulación como forma de materializar sus fines, no es más que la idea de cogobierno en las actividades del Estado, cuando decide satisfacer los servicios públicos.

Así las cosas, referirnos a la *desregularización* de los mercados nos induce al estudio de los procesos de *liberalización* y *privatización*, los cuales se encuentran de una manera directa vinculados al concepto de la desregularización, por fomentarse mediante ellos políticas de fomento y promoción de la competencia mediante la creación de nuevos mercados.

Del planteamiento anterior podemos determinar, tres áreas diferenciadas de estudio, a saber: (I) los conceptos de desregulación, liberalización y privatización; (II) el análisis sobre si la actividad de desregulación de los mercados es o no un mecanismo de fomento de la competencia; (III) destacar como ha sido el proceso de desregulación en Venezuela, y en que sectores principalmente, para finalmente, establecer algunas consideraciones finales sobre lo expuesto a manera de conclusión.

II. DESREGULACIÓN, LIBERALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN

El proceso de desregulación es frecuentemente equiparado con los términos liberalización y privatización. Existe una tendencia a asimilar los tres procesos, los cuales persiguen un objetivo único, cual es, la libertad total del mercado. En este contexto, Castillo Marcano⁴ expresa que:

[...] existe mucha confusión sobre el significado de estos términos. Hay una tendencia a asimilar la privatización con los conceptos de desregulación y liberalización. Ello tiene su origen en que estos fenómenos son fenómenos que suele transcurrir de forma simultánea[...].

2 PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, Parte general*, t. I., Editorial DIFUSA, Edición 15, 2004.

3 Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el día 29 de diciembre de 1978.

4 CASTILLO MARCANO, José Luis, “Las Privatizaciones: sus orígenes y sus objetivos”, *Revista de Derecho Administrativo* n° 3, Editorial Sherwood, Caracas, 1998, p. 26.

Es por ello, que a los fines de distinguir cada uno de los procesos, estableceremos sus definiciones y sus principales características.

1. Por *desregulación* se entiende, al conjunto de acciones tendientes a revisar las normas que regulan las actividades de contenido económico, para dar valor a las reglas del mercado y de la competencias, suprimiendo, modificando, manteniendo o simplificando las normas que obstaculizan la libertad de comportamiento y decisión de los agentes privados, y reforzando en algunos casos, las potestades de policía administrativa que ejerce el Estado. En ningún momento puede establecerse a la desregulación como eliminación de normas únicamente, por cuanto lo que consiste es en una revisión general del sistema normativo que puede conllevar a una eliminación o no de ellas.

En este sentido, para Cassagne la desregulación es “...*la remoción de los obstáculos que se oponen a la iniciativa privada y a la libre concurrencia del mercado*”, siguiendo la misma línea, Dromi la considera como “*la simplificación y la desburocratización del mercado*”⁵, esto es, para quienes suscriben, la consideramos como una actividad esencialmente *instrumental*, por medio de la cual el Estado abre paso -mediante un proceso de reestructura y de reforma normativa- a la participación de los particulares en las actividades y en los servicios limitados e intervenidos tradicionalmente por el Estado. Es decir, la desregularización no es un fin en si mismo, sino un medio para lograr una eficiente libertad económica en beneficio de la colectividad.

2. La *liberalización*, también conocida como desmonopolización, es lo contrario a monopolio, es decir, persigue la supresión de los monopolios formados de hecho o jurídicos a favor del Estado en determinados sectores o actividades, fomentando y dirigiendo la participación del sector privado en el mercado, en beneficio de la libre competencia. Es decir, es la eliminación de aquellas barreras institucionales que dificultan la competencia de un sector. Surge como respuesta a las actividades que han sido tradicionalmente por el Estado fuertemente reguladas (monopolizadas), tales como; telecomunicaciones, energía eléctrica, transporte aéreo, etc. Tiene como orígenes estos procesos, las experiencias norteamericanas y británicas a partir de los comienzos de los años ochenta.

Generalmente, la extinción de los monopolios por parte del sector público -característica fundamental de la liberalización- da lugar a la *despublicatio o despublicación* de los servicios públicos, en cual el Estado renuncia a su titularidad exclusiva en la prestación del servicio, para habilitar y permitir la prestación del mismo por parte de los particulares, en virtud del derecho a la libertad económica que poseen. Lo que se pretende entonces mediante los procesos de liberalización, es introducir más competencia en actividades fuertemente reguladas.

El Estado pasa pues, mediante un adecuado sistema de regulación, en el cual se establecen los controles que garanticen la eficiencia del servicio sobre los sujetos que operan el sector económico que se refiera. Surgen los denominados *servicios de interés económico general*, que conciben al servicio como un mercado, y cuyo régimen jurídico se encuentra determinado por normas de Derecho privado con determinadas injerencias del Derecho administrativo.

Así las cosas, podemos establecer como objetivo básico de la liberalización, el promover la rivalidad entre las empresas, permitiendo así aumentar mediante ello sus niveles de eficiencia, que representan mejores condiciones para los consumidores (precios, elección de servicios, etc.). En otras palabras, el evitar que un mercado este dominado por

5 ARAUJO-JUÁREZ, José, *ob. cit.*, p. 107.

un operador (monopolio), o bien unos pocos (oligopolio), de tal forma que el consumidor no tenga apenas posibilidades de elegir. Entendemos entonces por liberalización, el proceso por el cual se pasa de una economía sujeta al control del Estado a una economía de mercado⁶.

De igual forma, es importante señalar que los procesos de liberalización van asociados generalmente, a procesos de privatización, más sin embargo, son dos fenómenos muy relacionados, pero no idénticos, como se explica a continuación.

3. *Privatización*, es el proceso mediante el cual el Estado devuelve las tareas o servicios realizados hasta entonces por entidades públicas a empresarios privados. Puede comprender tanto a la prestación del servicio como tal, o solo la gestión del mismo. Para Castillo Marcano la privatización es “...un proceso que busca la reducción de la intervención pública en la economía, mediante la transferencia al sector privado de determinadas actividades y servicios realizados por el sector público (Administración Pública y Empresas del Estado)...”.

En otras palabras, es la transferencia al sector privado de determinadas actividades y servicios realizados por el sector público, con el fin supremo, de reducir el grado de intervención del Estado en la economía. El proceso de privatización es necesario, ya que asegura la efectiva separación entre la regulación y el funcionamiento de las empresas del sector. Ahora bien, tal y como lo afirma Hamer, existen distintos tipos de privatizaciones, o lo que es lo mismo, mediante distintas formas el Estado traspasa a los particulares el patrimonio o el servicio. Encontramos entonces, la denominada privatización formal, en la cual, el Estado conserva la disposición real y se sirve de formas jurídicas o financieras para la prestación del servicio, y la privatización material, en la cual el Estado si privatiza en su totalidad, el contenido del servicio público, manteniendo en algunos casos la titularidad del servicio (privatización organizativa) y en otros no (privatización funcional).

Entonces, si realizamos una comparación entre los términos antes reseñados, concluimos que los tres procesos se enmarcan dentro una misma línea de acción de desintervenir la economía por parte del Estado creando nuevos mecanismos o medios de apertura para que los particulares participen en las distintas actividades económicas de un país determinado, haciendo uso de reformas en las estructuras administrativas a que haya lugar. En este sentido, Ariño Ortiz establece que:

[...] la privatización, acompañada de liberalización y la apertura de competencia, les proporciona a los consumidores una mayor capacidad de elección y control tanto de la calidad de los servicios como del precio de los mismos [...].⁷

Ahora bien, descritos y diferenciados los procesos de liberalización, privatización y desregulación, y habiendo concluido que los mismo persiguen como fin único, establecer una libertad total de mercado que garantice una competencia eficaz y acorde, con los grados de eficiencia que requiere la colectividad, estudiemos a continuación dentro de ese fin único, cuales son sus objetivos fundamentales.

6 Entiéndase como economía de mercado, como la organización y asignación de productos y el consumo de bienes y servicios, que se realiza de la oferta y la demanda, entre los productores y consumidores.

7 ARIÑO ORTIZ, G., *Principios del Derecho Público Económico*, Editorial Comares, Granada, 1999.

III. LA DESREGULACIÓN COMO MECANISMO DE FOMENTO DE LA COMPETENCIA

Los procesos de desregulación poseen diversos objetivos o fines, sin embargo, se han destacado doctrinariamente un grupo, que se consideran son comunes en todos los casos. El objetivo fundamental, sin lugar a dudas, es el disminuir la carga o peso del Estado en ciertas actividades tradicionalmente desempeñadas por él. Sin embargo, para la consecución de ese fin, es necesaria la adopción de determinadas medidas y procesos reseñados en la primera parte de esta disertación, que acentúan la política des-interventora del Estado. Es así que encontramos, el establecimiento de un nuevo sistema de normas jurídicas a fin de flexibilizar las reglas que tutelan el mercado, que permitan un régimen de libertad económica, y que se encuentre plenamente regulado por el Estado.

Así las cosas, entre los objetivos conocidos de los procesos de desregulación, encontramos:

- a. La reducción del déficit público a los fines de obtener mayores ingresos para el Estado.
- b. La búsqueda de una mayor eficiencia, en beneficio del servicio que se presta a la colectividad, con un aumento en la competencia, que facilitaría el acceso de nuevas tecnologías y contribuiría al reforzamiento de la economía.
- c. La participación accionaria del capital privado, en la búsqueda de beneficiar económicamente a los sectores menos desfavorecidos tradicionalmente, al facilitarles el acceso a la propiedad empresarial.
- d. La captación de inversionistas extranjeros; y por último, pero el más importante por el tema de estudio en estas líneas.
- e. El favorecer y fomentar la libre competencia.

En efecto, el establecimiento de una libre competencia trae consigo un mayor beneficio en el conjunto de la actividad económica, y produce una mayor eficiencia que particularmente favorece a los consumidores. Mediante la competencia, se limita el poder de monopolio -ejercido tradicionalmente por el Estado intervencionista- y se fomenta, mediante la introducción de métodos, la entrada al mercado de nuevos competidores que aumentan la rivalidad, en beneficio de una mayor calidad y seguridad de la actividad. Las dos vías esenciales complementarias entre sí, para la promoción del libre comercio y la libertad económica son por una parte, la reingeniería institucional y por la otra, la prevención de prácticas restrictivas de la competencia.

La reingeniería institucional no es más que el diseño o el dibujo de nuevos proyectos legislativos que faciliten la apertura económica en los diferentes mercados, esto es, desregularizar mercados ya intervenidos fuertemente por el Estado. Tal y como lo afirma Castillo Marcano⁸, cuando advierte sobre la desregulación, que si bien la misma implica una reingeniería institucional (proceso de revisión de normas), no se le puede considerar como una mera supresión de normas. En efecto señala el autor, que la desregulación:

[...] no significa proceso de eliminación de normas, diríamos que es mas bien una nueva regulación a fin de flexibilizar las conductas normales de la economía basada en las reglas del mercado [...].

8 CASTILLO MARCANO, José Luis, *ob. cit.*

Así las cosas, nos preguntamos ¿Cómo los procesos de desregulación pueden fomentar la competencia?

La respuesta no es otra que, mediante ellos *se introduce y se fomenta* una competencia libre y leal, bajo un mercado en el cual los consumidores poseen una mayor capacidad de elección y de control, tanto en los precios como en la calidad de los servicios que se le ofrecen. Se establece por consiguiente, una economía de mercado, que conlleva al establecimiento de un Estado mas optimo y eficiente, más liberado en el ejercicio de sus funciones, por cuanto el objetivo perseguido fundamentalmente, es que los poderes públicos puedan actuar competitivamente dentro de un mercado, en el cual existan tantas ofertas publicas como privadas.

Es por ello, que podemos afirmar que la desregulación es una política que adopta el Estado para la promoción de la competencia, fomentando la simplificación, modificación o mantenimiento de normativas, que persiguen que la actividad económica del sector público, se desenvuelva bajo los mismos parámetros de eficiencia del sector privado, otorgándoles una mayor movilidad y adaptabilidad dentro del mercado que como operadores económicos se desenvuelven. Nace así, una nueva concepción de Estado, conocido como el Estado regulador, que desempeña nuevas funciones, y que comienza a realizar liberalizaciones, privatizaciones, etc. Sin embargo, es necesario afirmar, que la actividad de desregulación de los mercados no es un proceso que conlleva necesariamente a una libertad económica total de los particulares en sus competencias, más esta decir, que no es suficiente con derogar o modificar las restricciones que entraban el libre ejercicio de la actividad económica, implica en todo caso, un sistema de controles para limitar en sus justos términos las competencias habilitadas por el propio Estado.

En otras palabras, el Estado Regulador (que no ostenta la titularidad y gestión de las actividades y servicios de interés general) no puede desatender las obligaciones inherentes al *Estado Social*⁹, teniendo que garantizar mediante los adecuados sistema de regulación, un control e intervención necesario sobre las determinadas actividades esenciales, para así garantizar a la sociedad la prestación efectiva de los servicios esenciales de interés general. En virtud de ello, ha surgido la creación de autoridades administrativas independientes (en cuanto a sus decisiones respecto a los órganos del Poder Público) , ajenas a la actividad objeto de su regulación (en cuanto a gestor) y técnicamente calificadas, a los cuales se les encomienda la regulación de las actividades y los servicios, denominadas entes reguladores¹⁰, que garantizan los objetivos sociales del Estado, ejerciendo de ciertas forma una posición de arbitro dentro del mercado correspondiente, entre los operadores económicos y los consumidores.

Dentro de este contexto, el Constituyente de 1999, consagró en su artículo 2¹¹, al Estado venezolano como democrático y social de Derecho y Justicia, dentro de los paráme-

9 Concebido como aquel que sostiene como premisa fundamental, la libre participación de la sociedad, en las funciones inherentes del Estado, logrando así satisfacer el bienestar general, es decir, un Estado pro-sociedad que no busque perpetuarse como el máximo prestador de los servicios, y por ende, de la economía.

10 V., sobre este particular, artículos de HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, titulado, "El Ente Regulador de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento". A & C, en la *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* N° 14, out/dez, Sao Paulo Brasil 2003, y BRACHO DOS SANTOS, Joaquin David, titulado "El Ente Nacional del Gas en Venezuela: su actividad regulatoria", en el *Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca. Ensayos de Derecho Administrativo*, Colección Libro Homenaje n° 13, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela, 2004.

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

tros descritos, y enmarcado en un sistema de economía social de mercado, donde la premisa principal es la tutela de *la libertad económica y de la libre competencia*, las cuales deben existir pero de forma controlada por el Estado. En este sentido, Ortiz Álvarez¹² afirma que “...no basta con una liberalización generalizada del mercado, con una desregulación sistemática, para poder esperar que el mercado como tal se constituya con todas virtualidades potenciales...”, es decir, es necesario proteger la competencia en pro de la defensa del mercado. Bajo este contexto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en su artículo 112, que refuerza y fortalece la libre competencia cuando impone un mandato vinculante a los poderes públicos, el cual preceptúa que “...todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia sin mas limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes...”, sin mas limitaciones significa que, si bien es cierto los particulares pueden ejercer libremente su actividad económica las leyes la limitan en beneficio de los derechos humanos. Libertad económica que persigue una mayor productividad y eficiencia de los individuos -al permitirseles escoger la actividad que más consideren- y a todo el sistema económico.

Para este fin, dentro del ordenamiento jurídico venezolano al igual en que muchos otros (Estados Unidos de América, Comunidad Económica Europea, etc.), existe una normativa especial que regula la libre competencia¹³, así como regulaciones de la Comunidad Andina de Naciones¹⁴, mediante las cuales se procura promover y proteger la libre competencia como mecanismo de justicia y bienestar social, beneficiando tanto a productores, como a consumidores¹⁵. La referida ley posee como característica fundamental su alcance, el cual es muy amplio, ya que se aplica a cualquier compañía pública o privada, con o sin fines de lucro. Así mismo, se aplica a cualquier persona o grupo que se dedique a cualquier tipo de actividad económica. Para ello, el legislador (artículos 19 y ss de la Ley Pro-Competencia) creó la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Pro-Competencia), como un organismo técnico con autonomía funcional, que ejerce funciones de policía económica, adscrito administrativamente al Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio, cuyo objetivo fundamental es administrar la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, o lo que es lo mismo, tiene como principal misión promover la eficiencia económica y la apertura de oportunidades a todos para el ejercicio del libre comercio y la libertad económica.

Esa actividad la desarrolla a través de dos vías fundamentales que son complementarias entre sí:

12 ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis A., *Antitrust Competencia y Contencioso Administrativo*, Editorial Sherwood, Caracas, 2004, p. 17.

13 Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 34.880 del 13 de enero de 1992.

14 Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, Extraordinaria n° 4.284 de fecha 28/11/91. Además, por ser Venezuela miembro del Pacto Andino, debe cumplir las reglas de competencia supranacional incluidas en la Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Estas reglas prevalecerán sobre las aplicables bajo la Ley de Competencia, en la medida en que las actividades en cuestión afecten al mercado regional.

15 Especial referencia el artículo 1: “...Esta Ley tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica...”.

a. la reingeniería institucional, participando en el diseño de anteproyectos de ley, y en temas vinculados a los procesos de desregulación (políticas públicas hacia el sector económico), especialmente en todo lo vinculado a las privatizaciones, a los fines de evitar la formación de monopolios que perjudiquen el mercado, etc., y fomentado la creación de un marco normativo general que propicie el interés de los agentes por desarrollar innovaciones y actividades productivas.

b. la prevención de prácticas que restringen el comercio, mediante la ejecución de las disposiciones antimonopolios venezolanas, con el objeto de eliminar las restricciones del comercio que provienen de las conductas de los particulares.

En virtud de lo expuesto, podemos afirmar, que la competencia es el fin y objetivo esencial de la actividad de desregulación de los mercados, al *fomentar* la competitividad entre los sectores públicos y privados, y procurar una mayor eficiencia de los mercados. Mas en todo caso, hay que tener presente que el objetivo final de la política de competencia no es garantizar un mayor número de firmas en un mercado, sino garantizar el desarrollo económico de este a lo largo del tiempo, en procura de la justicia y bienestar social, propios de un Estado Social.

Así las cosas, mediante las políticas de promoción a la competencia se establecen un conjunto de normas que tienen por objeto fomentar la actividad económica basada en la libertad económica individual, en la cual cada individuo escoge la actividad en la que se considera más productivo, generando una mayor productividad y eficiencia, de cada individuo y del sistema económico, y en el ejercicio de la libre empresa.

Por otra parte, importa referir que la actividad de fomento, aparece dentro del contexto general como una actividad destinada a transferir potestades que tradicionalmente eran del Estado en los particulares, ya no se impone, sino se estimula, ya no se obliga sino se sugiere, en fin el Estado aparece no como un ente que y quien gobierna la actividad de los particulares, sino que estimula una conducta para instituir la existencia de una comunidad participativa, en el cual el término de democracia y su homólogo de participación puedan realizarse en forma inequívoca y certera.

Veamos como ha sido el proceso de desregulación en Venezuela, en los últimos años.

IV. EL PROCESO DE DESREGULACIÓN EN VENEZUELA

Durante décadas los países latinoamericanos se caracterizaron por un fuerte proteccionismo en el sector económico, adoptando medidas monopólicas, en las cuales el Estado poseía una amplia gama de industrias y servicios. Venezuela, no escapó a ese contexto. En efecto, existía un conjunto de reglas que garantizaban, a los empresarios, la protección contra la competencia extranjera y rivales locales, y al gobierno, el poder centralizado para asignar y distribuir sus recursos.

A principios de la década de los 80, la mayoría de los países de Latinoamérica tuvieron que reaccionar ante la grave crisis de la deuda, liberando su economía, y por consiguiente, empezaron a implementar programas de liberalización con cierto éxito. Para principios de los noventa, todos habían iniciado las reformas estructurales, privatizando las principales empresas del Estado, reduciendo en cierta proporción las barreras comerciales existentes, es decir, “desregulando” la economía y promoviendo la competencia; sentando las bases para el desarrollo de la economía de mercado. Surgen las

denominadas leyes antimonopolio en la región¹⁶, como forma de garantía a las reformas económicas implantadas.

Durante muchos años (hasta el año 1989), el gobierno venezolano afectó de manera directa muchos aspectos de las decisiones empresariales, a través de diversos mecanismos tales como: control de precios, importaciones, las asignaciones de divisas, inversiones para la expansión de la producción o para entrar en nuevos mercados. La implementación de estas políticas, incrementando el poder del gobierno de influir en las operaciones del mercado, otorgándoles a los funcionarios públicos un poder económico enorme. Afortunadamente, a partir de ese año, Venezuela abandonó su tradicional política (Estado paternalista) económica marcada por el proteccionismo y la intervención estatal -que configuraba un estrategia de desarrollo hacia adentro, imponiendo enormes barreras al comercio internacional y diversas medidas proteccionistas para el productor local- para promover una estrategia de libre mercado y de apertura al comercio internacional.

Empieza entonces un cambio radical en la estrategia económica, se pasa de aquel Estado que ejercía un control directo sobre prácticamente todos los aspectos de la actividad económica: precios de producción, presupuestos de divisas para insumos, tasas de interés y tasa de cambio múltiple, al Estado que adopta reformas económicas para liberalizar el comercio, los precios, etc., y otras áreas de la economía. Esta liberalización vino acompañada por reformas sustanciales del ordenamiento jurídico, para constituir el adecuado marco regulatorio. Junto con las reformas económicas, se introdujeron reformas legales para crear un marco más estable para la nueva estrategia económica orientada hacia el mercado. Para lograrlo, se promulgaron tres leyes que sientan los parámetros dentro de los cuales los venezolanos pueden ejercer su libertad económica, a saber: la Ley de Competencia, la Ley Antidumping (para limitar la competencia extranjera desleal), el Decreto-Ley sobre Medidas de Salvaguardia¹⁷ y la Ley de Protección al Consumidor (limita la capacidad del gobierno para controlar precios, y estipula distintas formas de proteger al consumidor)¹⁸.

El proceso de desregulación ha sido difícil y arduo, en un país sin tradición antimonopólica tal y como lo afirma Pro-Competencia en distintas publicaciones, el fomentar la libre competencia, en un mercado altamente concentrado, y en el que existían restricciones cuantitativas implícitas o explícitas, que afectaba la *política de competencia*.

Comenzó una nueva era en la cual, a raíz de la liberalización la sociedad exigía cada vez más controles de precio para impedir los abusos de poder de mercado, ejercido por los monopolios existentes.

Surgieron así dentro de ese proceso de desregulación iniciado en el año 1989, distintas privatizaciones (VIASA, CANTV, etc), muy objetadas por ciertos, y liberalizaciones de servicios que tradicionalmente se encontraron en manos del Estado. Mencionamos entre otros, el sector de las (1) *telecomunicaciones* y el de los (2) *hidrocarburos gaseosos*.

16 Ya en 1919, Argentina promulgó la primera ley oficial sobre competencia de la región.

17 En relación con los mecanismos de defensa comercial, puede consultarse MATHEUS RODRIGUEZ, Dulio, *Ley Sobre Medidas de Salvaguardia*, Colección de Textos Legislativos n° 32, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005.

18 Es importante tener presente los avances significativos que se lograron en materia de la libertad económica, con la aprobación el año de 1999, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

1. Los servicios de *telecomunicaciones* fueron considerados tradicionalmente en Venezuela, como servicios públicos, y por ende el Estado ostentaba la titularidad de los mismos. Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones¹⁹, las telecomunicaciones (redes y servicios) se consideran actividades de interés general²⁰, pasando el Estado -dentro del nuevo marco jurídico- a ejercer los poderes de regulación, supervisión y control sobre la actividad, pero sin reservarse la prestación de exclusiva de los servicios de telecomunicaciones, fomentando así la participación de los particulares en la prestación de los mismo e interviniendo cuando se haga necesario para asegurar el acceso de los consumidores al servicio. La Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela cambió radicalmente la actividad de las telecomunicaciones en Venezuela, al otorgarle al Poder Público Nacional la competencia sobre “el régimen del servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético”. En este orden de ideas, la actual Ley Orgánica de Telecomunicaciones, promulgada el 12 de junio de 2000, y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.970 de la misma fecha, ha desarrollado el precepto constitucional citado, introduciendo un marco general que permite la regulación del sector de las telecomunicaciones, entendida esta como una actividad económica libre para las personas, que el Estado asegura (su prestación) bajo el marco regulatorio necesario. Con la mencionada Ley, se le otorgó a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) las competencias estatales para la regulación, planificación, promoción (la función de y elaborar los planes y políticas nacionales de telecomunicaciones), desarrollo y protección (velar por la calidad de los servicios prestados en el país) de las telecomunicaciones en todo el territorio nacional del sector. Así pues, CONATEL es llamado a ser el organismo regulador de las telecomunicaciones en Venezuela, más para quien suscribe presenta algunas características no propias de un ente regulador.

2. El marco regulatorio de los *hidrocarburos gaseosos* sufrió una transformación sustancial a partir del año 1999, en el cual se promulgó la actual Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos²¹ y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En efecto, antes era la Ley del Gas y el Reglamento del Gas, constituían prácticamente toda la normativa en materia de gas para la época. La actividad de transporte y distribución eran consideradas como servicios públicos (reserva o *publicatio* sobre el sector). Con la promulgación de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG) se introdujeron significativos cambios en el régimen jurídico administrativos de los hidrocarburos gaseosos, al liberalizar el mercado de los mismos. Se derogó el artículo 58 de la Ley antigua, que reservaba al Estado al Industria del Gas Natural, y otras disposiciones, eliminando así la reserva que sobre este mercado contemplaba el anterior régimen jurídico. Con la nueva Ley, se le da un reconocimiento expreso a los particulares (operadores económi-

19 Publicada en *Gaceta Oficial* n° 36.970 del 12 de Junio de 2000.

20 *Artículo 5*: “El establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se consideran actividades de interés general, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y concesión de ser necesaria, en los casos y condiciones que establece la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. En su condición de actividad de interés general y de conformidad con lo que prevean los reglamentos correspondientes, los servicios de telecomunicaciones podrán someterse a parámetros de calidad y metas especiales de cobertura mínima uniforme, así como a la prestación de servicios bajo condiciones preferenciales de acceso y precios a escuelas, universidades, bibliotecas y centros asistenciales de carácter público. Así mismo, por su condición de actividad de interés general el contenido de las transmisiones o comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones podrán someterse a las limitaciones y restricciones que por razones de interés público establezca la Constitución y la ley”.

21 Publicada en *Gaceta Oficial* n° 36.793 del 23 de Septiembre de 1999.

cos privados) del derecho que tienen de ejercer las actividades que comprenden tal mercado, en fundamento a los artículos 112 y 113 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libertad económica). Se eliminaron así en materia de los Hidrocarburos Gaseosos en Venezuela, las trabas o restricciones que existían a la libertad económica, adoptándose nuevos mecanismos regulatorios para fomentar la libre competencia del mercado de los hidrocarburos gaseosos, manteniendo una alta calidad y eficiencia en la prestación del mismo. En este sentido, compartimos el criterio expuesto por José Ignacio Hernández G.²², cuando establece que:

[...] el mercado de los hidrocarburos gaseosos en Venezuela, es por tanto, en la actualidad un mercado regulado a través de novedosas técnicas que persiguen el difícil equilibrio entre la libre competencia y la tutela de interés general presente tras el aprovechamiento y uso de los yacimientos de hidrocarburos [...].

V. CONCLUSIONES

1. La apertura económica trae como consecuencia la privatización, la desregulación estatal-financiera, y la liberalización.
2. Las restricciones presupuestarias e institucionarias ha llevado a distintos países a favorecer la oferta de regulaciones y a liberalizar servicios, para introducir mayores grados de economía de mercado.
3. La ideología desreguladora se suele centrar en la creencia de la ineficacia de la gestión burocratizada y en la preferencia del sector privado abogando por una reducción del peso del Estado en la vida social.
4. Los procesos de desregulación de los mercados, representan el fomento de la libertad individual y el libre mercado.
5. El fomento de la libertad económica mediante la creación de nuevos mercados, es el soporte de una economía competitiva que debe tocar a todos los actores sociales implicados.
6. La desregulación abarca un conjunto de procesos que van desde modificaciones o supresiones de marcos jurídicos existentes, en los cuales de alguna forma se impide o dificulta a los agentes privados el ejercicio de determinadas competencias, hasta la desintervención del Estado a ciertos sectores donde opera tradicionalmente. *La desregulación se convierte en una estrategia importante para afrontar algunas estructuras anti-competitivas.*
7. Los procesos de desregulación implican cambios en la conformación y estructura de los mercados.
8. La competencia en un mercado es un poderoso instrumento para obtener una eficiencia económica, a través de un mejor desempeño de los mercados.

22 HERNÁNDEZ, José Ignacio, titulado "Reflexiones sobre la nueva ordenación de los Hidrocarburos Gaseosos en Venezuela", en el *Libro Homenaje a Gonzalo PÉREZ LUCIANI. Temas de Derecho Administrativo*, Colección Libro Homenaje n° 7, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela, 2002, p. 921.

9. Las políticas de defensa de la competencia, como el fomento de ella a través de la desregulación de los mercados, es vista como el instrumento idóneo para lograr un óptimo punto de eficiencia social, a través del establecimiento de un equilibrio en el sistema económico, propios de un Estado Social.

10. En Venezuela se han efectuado importantes cambios de política desde 1989, para abrir la economía y para cambiar el marco legal y las instituciones que terminarán por dejar atrás el intervencionismo estatal y respaldar la economía de libre mercado. De hecho, la liberalización de precios, liberar de la tasa de liberación de la tasa de interés y tasa de cambio, la liberalización del comercio exterior y de las inversiones, las privatizaciones y la aprobación de la ley de competencia has constituido sus principales logros.

11. Después de las reformas económicas y la liberalización comercial, en Venezuela se han realizado fusiones y adquisiciones en una amplia gama de sectores, tales como el de alimentos, pinturas, bebidas, baldosas de cerámica, seguros y automóviles.

12. El proceso de desregulación hincado en Venezuela tomará años, dada la extensa variedad de instrumentos legales que contienen restricciones patentes a la competencia y barreras a la entrada.

§26. LA PARTICIPACIÓN DE ORGANIZACIONES REPRESENTATIVAS DE CLIENTES O USUARIOS EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA DE CIERTOS ENTES GREMIALES (ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN DEL CONSEJO BANCARIO NACIONAL)

Gustavo A. Grau Fortoul

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y
Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de esta obra conmemorativa de los 100 primeros números de la *Revista de Derecho Público*, he sido distinguido con el innmercedo reconocimiento de una invitación a contribuir con este breve estudio, en el cual se analiza lo concerniente a la actuación de ciertas organizaciones que se atribuyen la representación de los intereses de clientes y usuarios, de cara a ciertos entes gremiales que, según las normas que regulan su creación, operativa o funcionamiento, tienen atribuidas determinadas competencias normativas ante cuyo ejercicio aspiran tales organización contar con cierta participación o intervención.

Y a tal efecto, ha surgido como supuesto especial para el análisis el ejercicio de competencias normativas por parte del Consejo Bancario Nacional (CBN), como establecimiento corporativo que, por expresa disposición legal, engloba o agrupa de manera obligatoria a las instituciones y empresas de uno de los sectores en los cuales se ha puesto de manifiesto con mayor intensidad y recurrencia la actuación de este tipo de organizaciones representativas de intereses de clientes y usuarios.

Ciertamente, hablar de estas organizaciones o asociaciones representativas de intereses comunes a un determinado sector o realidad, implica tener presente que ha sido justamente en el ámbito del sector bancario y crediticio donde ha tenido lugar la concreción más reciente de una especial manifestación de la actuación de este tipo de agrupaciones o asociaciones.

Nos referimos concretamente a la situación analizada en la tan estudiada y comentada decisión N° 85, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 24 de enero de 2002 (Caso *Asovedepri Lara o Créditos Indexados*), en la cual tuvo lugar recientemente la invocación por una de estas organizaciones de la representación de los llamados *intereses reaccionales (colectivos o difusos)* de sus miembros, emitiéndose importantes pronunciamientos en torno a temas tan sensibles como la *legitimación activa* de estas agrupaciones para acudir a un proceso judicial en defensa de esta clase de intereses, el *procedimiento* a seguir para la sustanciación de dicho proceso y, finalmente, los *efectos* y el *alcance de la decisión* que se dicte en su seno.¹

1 Cabe agregar que la realidad se ha encargado de poner de manifiesto que esa no fue una intervención aislada o puntual de este tipo de organizaciones, pues a esa primera actuación de una asociación de deudores hipotecarios de

Obviamente, no se aspira abordar aquí con todo detalle esa importante modalidad o manifestación de la actuación de este tipo de agrupaciones, de lo cual se ha ocupado ya con bastante extensión no sólo la propia decisión, sino también los distintos estudios y comentarios surgidos a raíz de su publicación.

En esta ocasión, simplemente se trata de estudiar la eventual interacción directa -no judicial- entre estas asociaciones y el CBN, como ente de representación del sector bancario privado, y más específicamente, de analizar la intervención de esas asociaciones en el ejercicio de las competencias normativas que legalmente tiene atribuidas dicho ente gremial.

Atendiendo justamente a ese lineamiento, se ha considerado necesario iniciar este breve estudio identificando cuál es el fundamento constitucional de la actuación de esta clase de agrupaciones o asociaciones, específicamente en lo atinente a esa interacción directa con determinados organismos que, a su vez, representan formalmente a quienes operan en determinados sectores de actividad.

Posteriormente e identificado como haya sido dicho fundamento, es que corresponde acudir a nuestro Derecho positivo interno en busca de las líneas esenciales del régimen jurídico al cual se encuentra sometida la actuación de estas organizaciones o asociaciones, incluyendo los extremos requeridos para que operen válidamente, el alcance de su proceder y los canales a través de los cuales debe concretarse la operatividad de estas especiales formas de representación, dando respuesta así a cada una de las interrogantes planteadas.

II. LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO FUNDAMENTO DE LA ACTUACIÓN DE ESTAS ORGANIZACIONES

Obviamente, tratar de identificar el fundamento institucional, a nivel constitucional, de la operativa y funcionamiento de cualquier asociación, nos remite de inmediato a los preceptos relativos al derecho fundamental cuyo contenido consiste precisamente en la posibilidad de *asociarse*, bien sea con carácter general (artículo 52 CRBV), ya sea en ámbitos más concretos como el político (artículo 67 CRBV) o el económico cooperativista (artículo 118 CRBV), entre otros.

Sin embargo, teniendo en cuenta que lo que se requiere en esta ocasión es identificar el fundamento de actuación de ciertas asociaciones que se arrogan la representación de los intereses o derechos de ciertos sectores de la colectividad, con el fin de hacerlos valer directamente y en forma distinta al ejercicio de acciones judiciales o al uso de otros medios de impugnación, resulta necesario hallar otros preceptos que puedan ofrecer sustento institucional a la actuación que tales asociaciones lleven a cabo con esta específica orientación.

En tal sentido, no se puede dejar de señalar que uno de los cambios fundamentales operados a raíz de la entrada en vigor del nuevo Texto Fundamental de 1999, viene dado precisamente por el énfasis puesto en el reconocimiento de la *participación ciudadana*, tanto en la gestión de los asuntos públicos como en las distintas materias de relevancia para el acontecer nacional.

vivienda le ha seguido una segunda intervención, igualmente de naturaleza judicial y contra el mismo sector bancario y crediticio, sólo que esta vez se trata de una agrupación como la denominada Asociación Nacional de Consumidores y Usuarios (ANAUCO), que nutrida de aquella primera experiencia, ha deducido nuevamente sus pretensiones de cara al sector financiero, para exigir esta vez un reacomodo en el operativa relacional, contractual y de facturación de los bancos e instituciones emisoras de tarjetas de crédito. El caso reposa en la SC del TSJ.

En efecto, comenzando por las disposiciones más generales, cabe destacar que a las cualidades de “representativo”, “democrático”, “responsable” y “alternativo” que el artículo 3 de la Constitución de 1961 proclamaba como propias del régimen de gobierno de la República, el artículo 6 del Texto de 1999 agrega ahora, entre otras, la de ser “participativo”.²

Lo mismo cabe decir de cara al contenido del artículo 141 del Texto Constitucional vigente, que al contemplar los *principios rectores* de la actividad de la *Administración Pública*, indica expresamente que ésta deberá ser de carácter *participativo*.

Pero más específicamente en cuanto al reconocimiento de este principio con carácter de auténtico derecho fundamental, así como por lo que respecta a las modalidades previstas para su ejercicio, corresponde acudir al texto expreso de los artículos 62 y 70 de la Constitución vigente, según los cuales:

Artículo 62. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el *derecho de participar libremente en los asuntos públicos*, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y *deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica* “(Las cursivas que aparecen en la transcripción, han sido incluidos por el autor del presente estudio).

Artículo 70. Son *medios de participación* y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y *en lo social y económico*, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás *formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad*.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.” (Las cursivas que aparecen en la transcripción, han sido incluidas por el autor del presente estudio).

De manera, pues, que además de brindar reconocimiento a la *participación en la gestión pública* como un *derecho fundamental* en sí mismo, imponiendo a la sociedad el *deber* de generar las condiciones necesarias para asegurar su ejercicio (artículo 62), el Texto Fundamental contempla expresamente varios *mecanismos* para el disfrute de este derecho, destacando especialmente, en el ámbito *económico y social*, la mención a esas *formas asociativas* guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad, cuyo funcionamiento y operativa se confían a lo que sobre el particular establezca la ley (artículo 72).

Luego, parece posible sostener que es en estas disposiciones donde cabe considerar que radica el fundamento jurídico constitucional de la actuación que, en la gestión de los *asuntos públicos*, vienen desplegando esas *asociaciones o agrupaciones* representativas de determinados derechos e intereses colectivos.

2 No se desconoce con ello que también el Texto Fundamental de 1961 dedicaba algunas disposiciones a la participación; concretamente a través del mecanismo de los denominados *cuerpos consultivos*, previstos en su artículo 109, en el cual se mencionaba expresamente, junto a la población consumidora, las organizaciones sindicales, los colegios profesionales y las universidades, a los *sectores económicos privados*.

III. LA CONSULTA PÚBLICA “EN PROCESOS DE PRODUCCIÓN DE NORMAS”, COMO MECANISMO ESPECIAL DE PARTICIPACIÓN

Ya hemos visto que el nuevo Texto Fundamental no sólo ha otorgado reconocimiento al citado principio y derecho fundamental de “*participación ciudadana*” en los “*asuntos públicos*”, sino que ha contemplado además determinados mecanismos para su ejercicio, tanto en el plano político como en el plano social y económico.

Pues bien, aparte de los canales de participación indicados en el artículo 70 antes transcrito, cabe hacer especial mención al mecanismo previsto con tal fin en el artículo 211 del propio Texto Fundamental, según el cual:

Artículo 211. La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, *consultarán* a los otros órganos del Estado, *a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos. (...)* (Las cursivas que aparecen en la transcripción, han sido incluidas por el autor del presente estudio).

De esta forma y al menos por lo que respecta a la función legislativa que en el ámbito nacional cumple la Asamblea Nacional (artículo 187, ordinal 1º, CRBV), resulta incuestionable que una de las formas de participación en los asuntos públicos con que cuentan los ciudadanos y la sociedad organizada consiste, precisamente, en intervenir dentro del proceso de formación de textos legales, a fin de que su opinión sobre el contenido, alcance y efectos de la regulación propuesta sea *consultada* por los parlamentarios.

Ahora bien, descendiendo un nivel más en la escala de la jerarquía normativa, en busca de un desarrollo o regulación -a nivel legal- de otras formas de ejercer ese derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos, encontramos que también por lo que respecta a la actividad de producción normativa, pero en el seno de *órganos o entes públicos* que cumplen *función administrativa*, el mencionado principio y derecho fundamental de *participación ciudadana* ha sido acogido y desarrollado en las disposiciones de la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP).³

Ciertamente, después de postular como parte de su *objeto* precisamente el crear mecanismos para promover la *participación* y el control sobre las políticas y resultados públicos (artículo 1º), esta Ley dedica todo su Título VI a contemplar una serie de disposiciones que constituyen el régimen jurídico al cual se encuentra sometido actualmente el ejercicio de esa participación.

Dentro de tales disposiciones, cabe comenzar acudiendo al contenido del artículo 135 de la Ley que se comenta, en el cual se contempla expresamente el ejercicio de esa participación en los siguientes términos:

Artículo 135. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en leyes especiales, los órganos y entes de la Administración Pública promoverán la *participación ciudadana* en la gestión pública.

A tales fines, las personas podrán, directamente o a través de las comunidades organizadas o las organizaciones públicas no estatales legalmente constituidas, presentar *propuestas* y formular *opiniones* sobre la *gestión de los órganos y entes de la Administración Pública*.

A los efectos de su participación en la *consulta sobre políticas y normas* para la regulación del sector respectivo, cada órgano o ente público llevará un *registro* de las *comunidades organizadas y de las organizaciones públicas no estatales* cuyo objeto se refiera al sector y que soliciten libremente su inscripción” (Las cursivas que aparecen en la transcripción, han sido incluidos por el autor del presente estudio).

3 Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.556, Extraordinario, del 13 de noviembre de 2001.

Adicionalmente y en consonancia con lo anterior, el artículo 136 de este mismo texto legal contempla expresamente la obligación de someter a *consulta pública* con esas organizaciones, todos los proyectos de normas que cualquier ente u órgano público pretenda aprobar en el sector dentro del cual le ha sido atribuida competencia para actuar, disponiendo al respecto lo siguiente:

Artículo 136. Cuando los *órganos o entes públicos*, en su rol de regulación, propongan la adopción de *normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía*, deberán remitir el anteproyecto para su *consulta con las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado por el artículo anterior*. En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual recibirán por escrito las observaciones, y el cual no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente *publicará en la prensa nacional* la apertura del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su *página en la Internet*, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta.

Durante el proceso de consulta *cualquier persona* puede presentar por escrito sus *observaciones y comentarios* sobre el correspondiente anteproyecto, *sin necesidad de estar inscrito en el registro a que se refiere el artículo anterior*.

Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público fijará una fecha para que sus funcionarios o funcionarias, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales *intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar una anteproyecto nuevo*.

El resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante." (Las cursivas que aparecen en la transcripción, han sido incluidos por el autor del presente estudio).

Por último, no se puede dejar de señalar que el artículo 137 de la Ley que se viene comentando, sanciona expresamente con *nulidad absoluta* a las disposiciones normativas que sean aprobadas sin cumplir con el trámite de consulta previsto en el artículo inmediato anterior, todo ello en los siguientes términos:

Artículo 137. El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán *nulas de nulidad absoluta* si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.

En casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda, podrán autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y ésta podrá ratificarla, modificarla o eliminarla." (Las cursivas que aparecen en la transcripción, han sido incluidas por el autor del presente estudio).

De manera, pues, que a partir de la entrada en vigor de la nueva LOAP, el derecho fundamental a la participación ciudadana en los asuntos públicos ha sido desarrollado en cuanto al establecimiento de dos (2) específicos canales o modos para su ejercicio; a saber:

- La posibilidad de presentar propuestas y formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública, tanto por los propios ciudadanos directamente, como por éstos a través de comunidades organizadas o de organizaciones públicas no estatales (artículo 135);

- La imposición de un auténtico deber a todo órgano o ente público que, en ejercicio de sus competencias, pretenda dictar o proponer una normativa determinada en el sector sobre el cual actúa, para que, so pena de viciar de nulidad absoluta la norma que se produzca, someta su contenido a un proceso de consulta pública, en el cual puede participar cualquier ciudadano directamente, así como las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales, formulando observaciones que en modo alguno son vinculantes para la autoridad o ente promotor de la norma en cuestión.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el derecho en cuestión, en los términos del artículo 62 de la CRBV, consiste en participar en los *asuntos públicos*, así como que el desarrollo del mismo llevado a cabo por la LOAP está referido a la *Administración Pública* (cuando se trate de la formulación de *propuestas* y *opiniones* sobre su gestión) y a cualquier *órgano o ente público* (cuando se trate del ejercicio de la actividad *normativa*), corresponde precisar cómo afecta o incide este régimen jurídico en la actividad que cumple el CBN.

IV. ÁMBITO SUBJETIVO Y MATERIAL DE APLICACIÓN DE ESTA NORMATIVA. SU EXIGIBILIDAD A LA ACTIVIDAD DEL CBN

Determinar si la normativa sobre participación ciudadana contenida en el Título VI de la LOAP resulta exigible frente al CBN, implica precisar los siguientes aspectos:

- Por una parte y en primer lugar, cuál es el *ámbito subjetivo* de aplicación de dicho texto;

- Por otra parte y en segundo lugar, cuál es la naturaleza jurídica del propio CBN, dada la especial circunstancia de haber sido creado *por Ley*, y al mismo tiempo, representar en su seno al *sector bancario* ante el Ejecutivo Nacional;

- Adicionalmente y de cara a lo anterior, determinar si, en caso de responder tal institución en cuanto a su naturaleza a la de un *ente público*, es posible encuadrarlo o no dentro de la *Administración Pública*.

- Por último, analizar cuáles son las competencias atribuidas al CBN, con el fin de identificar si le está conferida o no la proposición o producción de *normas* en el sector;

Sólo a partir de estas precisiones es que se podrá determinar si cabe estimar que el CBN puede ser considerado como un integrante de la *Administración Pública*, y por tanto, si se encuentra sujeto a la formulación de *propuestas* y *opiniones sobre su gestión*, en los términos previstos por el artículo 135 de la LOAP, así como al trámite de *consultas públicas* contemplado en el artículo 136 *eiusdem*.

Incluso, cabe plantearse si aún ante la imposibilidad de considerar al CBN como parte de esa *Administración Pública*, pero siendo su naturaleza jurídica la de un *órgano o ente público*, si bien no estaría obligado a dar cabida a propuestas y opiniones sobre su gestión en los términos del artículo 135 de la LOAP, sí se vería determinado a cumplir con

el trámite de *consultas públicas* previsto en el artículo 136 *eiusdem*, cuando obre en ejercicio de competencias normativas.

A todo ello se dedica justamente la presente sección de este estudio.

1. Sobre el ámbito subjetivo de la LOAP

Al definir el *ámbito subjetivo* de aplicación de sus disposiciones, el artículo 2 de la LOAP dispone lo siguiente:

Artículo 2. Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a la *Administración Pública Nacional*. Los principios y normas que se refieran en general a la *Administración Pública*, o expresamente a los *estados, distritos metropolitanos y municipios* serán de obligatoria observancia por éstos, quienes deberán desarrollarlos dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

Las disposiciones de la presente Ley podrán aplicarse supletoriamente a los demás *órganos del Poder Público* (Las cursivas que aparecen en la transcripción, han sido incluidos por el autor del presente estudio).

De cara al tenor literal de este precepto, resulta evidente que en él se asume un esquema que cabe calificar como diseñado en *tres grados o niveles*:

En primer término, sus disposiciones resultan aplicables a toda la *Administración Pública Nacional*; vale decir, a todos los *órganos y entes* de la Administración Pública, tanto *central* como *descentralizada*, cuyas competencias le han sido atribuidas para ser ejercidas a nivel *Nacional*;

Adicionalmente y en segundo lugar, los *Estados, Distritos Metropolitanos, Municipios* y todo otro órgano o ente con competencia de actuación en un ámbito distinto al *Nacional*, están obligados a cumplir con aquellas disposiciones o principios referidos con carácter general a la *Administración Pública* (sin mayores precisiones en cuanto al ámbito de su actuación), así como aquellas normas y principios referidos expresamente a tales personificaciones estatales (*Estados, Distritos Metropolitanos y Municipios*);

Por último y sólo por vía de *supletoriedad*, las disposiciones de la LOAP podrán aplicarse a los *demás órganos del Poder Público*.

Pero adicionalmente a este esquema para la definición general del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, encontramos que, de cara a los términos literales del artículo 135 de la LOAP, la posibilidad de formular *propuestas y sugerencias a la gestión* sólo resulta predicable frente a la *Administración Pública*, mientras que la obligatoriedad de dar cabida al trámite de *consulta pública* en el proceso de producción de normas, según el tenor literal del artículo 136 *eiusdem*, resulta exigible a todos los *órganos o entes públicos*.

Es, pues, a la luz de estas precisiones que corresponde asumir la tarea de identificar cuál es la concreta *naturaleza jurídica* del CBN, y por tanto, si cabe considerar que se trata o no de una *ente u órgano público*; pero más aún, si cabe considerarlo o no como parte de la *Administración Pública*.

2. Sobre la naturaleza jurídica del CBN

Ya se ha advertido que como notas peculiares en su origen y configuración, el CBN presenta las de haber sido creado a través de una *forma originaria de Derecho Público*,

específicamente por expresa disposición de la Ley de Bancos del 24 de enero de 1940 (artículo 46),⁴ siendo asimismo la Ley la que regula, directa y expresamente, todo lo concerniente a su integración, atribuciones y régimen para la adopción de decisiones.⁵

Pero al mismo tiempo, también destaca en la integración y funciones de esta institución la de estar conformada *obligatoriamente* por un representante de cada uno de los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras autorizadas para operar como tales (artículo 206 de la LGBOIF), así como el actuar, por expreso mandato legal (artículo 210 LGBOIF), como medio institucional a través del cual deben canalizarse necesariamente las relaciones entre el *Ejecutivo Nacional* y el *sector bancario*.

Pues bien, el tratamiento de este tipo de organizaciones, creadas y regidas por normas de Derecho Público, pero representativas de intereses específicos, ha ocupado la atención de algunos especialistas, mereciendo destacar en tal sentido, con carácter general y en el ámbito de la doctrina comparada, lo dicho sobre el particular por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, quienes bajo el epígrafe "*Corporaciones sectoriales de base privada*", expresan lo siguiente:

[...] Se trata de grupos sectoriales de personas asociadas alrededor de alguna finalidad específica [...]; la cualidad de miembros de estas Corporaciones está determinada por una condición objetiva que hace relación al fin corporativo específico: *una cualidad profesional* (Colegios profesionales), la condición de regante de regante o usuario de un aprovechamiento colectivo de aguas públicas (Comunidad de usuarios de aguas), la cualidad de comerciante o industrial (Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación), de propietarios de suelo afectado por la ejecución de un Plan de urbanismo (Juntas de Compensación), etc.

Los ejemplos enumerados refieren, indudablemente, *Corporaciones de derecho Público*; pero hay, a la vez, entidades corporativas reguladas inequívocamente por el derecho Privado, de las cuales las más obvias son las sociedades (art. 36 CC). El primer tema que se plantea en el estudio iusadministrativo de las Corporaciones es, justamente, el de discernir cuándo nos encontramos ante Corporaciones Públicas o ante Corporaciones privadas [...]

Tradicionalmente se han discriminado las Corporaciones Públicas de las Privadas por el dato formal de su *origen*: estas últimas serían creadas por acuerdo libre de sus miembros (libertad de asociación), en tanto que las primeras serían obra de una *disposición o resolución estatal*. El criterio deber ser inmediatamente matizado con la observación de que, con toda frecuencia, la libertad privada para la creación de Corporaciones ha venido condicionada a un posterior acto administrativo formal del cual surgiría el reconocimiento de su personalidad [...].

La matización puede concretarse en estos términos: todas las Corporaciones privadas parten de un libre pacto asociativo previo, que es por sí sólo suficiente o bien requiere a veces un acto público posterior de homologación o constancia; ese pacto asociativo configura libremente el ente en cuestión, en cuanto a su finalidad, en cuanto a su estructura y funcionamiento, sin perjuicio de que normativamente puedan establecerse unos cuadros mínimos en cuanto a esto último (organización y funcionamiento). En cambio, *las Corporaciones Públicas son creadas, o bien directamente por la Ley, caso por caso, o bien por resolución administrativa que opera en el cuadro de una Ley reguladora de géneros corporativos concretos; [...]*

4 "Artículo 46. Se crea (sic) el Consejo Bancario Nacional, con sede en Caracas y que estará integrado por un representante de cada uno de los Bancos que funcionen en el país y por el Superintendente de Bancos". Conviene precisar que la regulación que hoy dispensa a la integración del CBN el artículo 206 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (G. O. N° 5.555, Extraordinario, del 13 de noviembre de 2001, en lo sucesivo, LGBOIF), el Superintendente de bancos, al igual que los Presidentes del Fondo de Garantías de Depósitos y Protección Bancaria y del Banco Central de Venezuela, no forman parte de dicha institución, reconociéndoseles simplemente la posibilidad de asistir a la sesiones del cuerpo en calidad de observadores y con derecho a voz.

5 Concretamente, se ocupan de ello en la actualidad los artículos 206 al 212 de la LGBOIF.

Negativamente *la forma pública de personificación supone, pues, la exclusión de cauces privados de formación de entes corporativos, que están tasados y limitados por la Ley* (esencialmente los siguientes: sociedades civiles y mercantiles, cooperativas, mutualidades -que no son necesariamente mercantiles en nuestro derecho; así las de previsión social y las de seguridad social-, asociaciones); positivamente, esa forma pública de personificación corporativa remite la configuración del ente, no a la eficacia dispositiva de la voluntad privada manifestándose en un acuerdo asociativo, sino a una norma jurídica específica, que puede ser *ad hoc* para cada ente o referirse a una familia de Corporaciones, en cuyo caso se requiere una resolución administrativa que concrete esa norma cada caso particular y, eventualmente, una iniciativa de interesados, que juega como mero presupuesto para poner en marcha la previsión legal [...]⁶ (Las cursivas que aparecen en la transcripción, han sido incluidos por el autor del presente estudio).

Por lo que respecta a nuestro ámbito jurídico e igualmente con carácter general en cuanto al tema de las personas jurídicas de Derecho Público, cabe consignar aquí la opinión de Jesús Caballero Ortiz, quien señala sobre el particular lo siguiente:

[...] A nuestro juicio, el carácter público de la personalidad de un organismo surge necesariamente de los llamados *índices de publicidad*, los cuales pueden ser uno o varios, contándose entre los más importantes el disfrute de prerrogativas de poder público y la *creación por acto del Poder Público*.

Lo anteriormente expuesto permite calificar como personas jurídicas de derecho público a *entes no inmersos en la estructura organizativa del Estado*, como los *colegios profesionales*, las federaciones de colegios y los institutos de previsión social. Con respecto a algunas de estas categorías la jurisprudencia ha reconocido expresamente su carácter de *personas de derecho público*[...]⁷ (Las cursivas que aparecen en la transcripción, han sido incluidos por el autor del presente estudio).

Ahora bien, ya por lo que respecta específicamente al estudio de figuras equivalentes al CBN en el Derecho comparado, conviene precisar que el tema también ha ocupado la atención de algunos autores en la doctrina, mereciendo destacarse en tal sentido lo dicho por Sebastián Martín- Retortillo Baquer, cuando al estudiar el asunto de cara al Consejo Superior Bancario español, afirma lo siguiente:

[...] Estamos frente a uno de estos casos en los que la *regulación, e intervención* administrativa de un determinado sector se encomienda, de modo principal, al órgano de *representación* del mismo. Se trata, una vez más, de un pintoresco ejemplo, de profundo sentido *corporativo*, que lleva a establecer *en las propias estructuras fiscalizadoras de la Administración del Estado* un órgano de carácter representativo a través del que, en última instancia, se llevará a cabo la fiscalización propuesta [...]⁸ (Las cursivas que aparecen en la transcripción, han sido incluidos por el autor del presente estudio).

Por su parte, Marta Frach I. Sagner, también en el ámbito del derecho comparado e igualmente frente al Consejo Superior Bancario español, afirma lo siguiente:

[...] El Consejo es un órgano *creado y unido fuertemente a la Administración del Estado*. A través de sus funciones resolutivas e informativas participa en la regulación e intervención administrativa del sector al que representa, el sector bancario.

6 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, dos tomos, Sexta Edición, Civitas, Madrid, 1993, pp. 377 y 378.

7 CABALLERO ORTIZ, Jesús, *Los institutos autónomos*, Fondo de Inversiones de Venezuela, Caracas, 1984, pp. 37 y 38.

8 MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, Sebastián, *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro*, Tecnos, Madrid, 1975, p. 86.

A través de esta técnica *la Administración incorpora un órgano representativo en la estructuración y formulación de su propia intervención [...]*⁹ (Las cursivas que aparecen en la transcripción, han sido incluidos por el autor del presente estudio).

Y pasando ya directamente a nuestro propio ámbito jurídico, no se puede dejar de señalar que entre los escasos esfuerzos dedicados por la doctrina venezolana al estudio de la ordenación y disciplina jurídico-administrativa del sector bancario privado, se cuentan precisamente algunos dirigidos a tratar lo relativo a la naturaleza y funciones del CBN.

Así, frente a la posición asumida al respecto por Gonzalo Pérez Luciani, al señalar que “*no se trata de una persona jurídica ni pública ni privada*”, así como *que no requiere dicho Consejo contar con personalidad jurídica alguna*, en la medida en que no entra a sostener relaciones o a efectuar operaciones de índole patrimonial,¹⁰ cabe hacer especial mención a la postura sostenida sobre este mismo tema por Tomás Polanco Alcántara, quien al analizar precisamente las diferencias entre el CBN y la Asociación Bancaria de Venezuela, ha expresado lo siguiente:

[...] *El Consejo Bancario no es un organismo privado sino público, de carácter administrativo*, que tiene fundamentalmente como interés el beneficio del bien público, como lo demuestra su competencia para estudiar en general las condiciones económicas del país y para hacer sus recomendaciones sobre el particular a las autoridades públicas. Está concebido por lo tanto en función de intereses generales y no del interés de ningún sector de la vida nacional [...].¹¹ (Las cursivas y negritas que aparecen en la transcripción, han sido incluidos por el autor del presente estudio).

Luego, de cara a las opiniones doctrinales recién expuestas y teniendo en cuenta especialmente elementos tales como: a) el haber sido creado mediante una *forma originaria de derecho público* (concretamente, por disposición expresa de la Ley de Bancos del 24 de enero de 1940 -artículo 46-); b) el *especial sustrato corporativo* que caracteriza su integración, dada la obligada representación y participación en su conformación de todos los bancos e instituciones financieras, a excepción del Banco Central de Venezuela, y; c) la regulación directamente por ley de todo lo concerniente a su *conformación, integración de sus órganos directivos, competencias y régimen de deliberaciones*; cabe afirmar que el CBN cuenta indiscutiblemente con la naturaleza de un *ente público*, y más concretamente, con la configuración propia de un *establecimiento público corporativo*, similar a la que podría preciarle frente a un colegio profesional.

3. Su integración o no en la Administración Pública

Hasta este punto hemos llegado simplemente a concluir que el CBN ofrece, en cuanto a su naturaleza jurídica, la de ser indiscutiblemente un *ente público*. Sin embargo, ello no determina necesaria y automáticamente la posibilidad de postular su inclusión dentro de la *Administración Pública*, lo cual, como se ha dicho ya al inicio de esta sección, re-

9 FRANCH I SAGUER, Marta, *Intervención Administrativa Sobre Bancos y Cajas de Ahorros*, Civitas, Madrid, 1992, p. 211.

10 V., en tal sentido, la opinión expresada por PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, en las páginas 11 y 12 del dictamen que sobre el Consejo Bancario Nacional y la cualidad de sus miembros, elaboró en abril de 1994, a solicitud del Banco Central de Venezuela.

11 POLANCO ALCANTARA, Tomás, “La Asociación Bancaria y el Consejo Bancario Nacional”, en *Revista de Derecho Público* N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 57-59. Igualmente y del mismo autor, *Derecho Administrativo*, edición de los cursos de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1959, p. 231.

sulta esencial a los fines de precisar si el mismo se encuentra obligado o no a recibir y procesar *propuestas y opiniones sobre su gestión*, en los términos previstos por el artículo 135 de la LOAP.

A este respecto y antes de entrar directamente en el análisis del tema, conviene tener presente cómo buena parte de los autores cuyas opiniones han sido consignadas en el punto inmediato anterior de esta misma sección, han formulado afirmaciones que, de alguna manera, podrían estar sugiriendo una respuesta positiva a la interrogante planteada, indicando que se trata de una *organización administrativa*.¹²

Sin embargo, nuevamente aquí vuelve a ser útil acudir a lo expuesto con carácter general sobre el tema por García de Enterría y Fernández Rodríguez, quienes señalan sobre el particular lo siguiente:

[...] El primer tema que se plantea en el estudio iusadministrativo de las Corporaciones es, justamente, el de discernir cuándo nos encontramos ante Corporaciones Públicas o ante Corporaciones privadas. Pero resuelta esta cuestión, se plantea otra inmediatamente y es si es posible sin más afirmar que todas las Corporaciones de Derecho Público caen bajo la categoría de *Administraciones Públicas* estrictamente tales. Problemas los dos nada teóricos y que arrastran un importante cortejo de consecuencias prácticas [...].

Aquí está uno de los grandes equívocos que pesan sobre este tema y que hemos de intentar clarificar.

... *Omissis* ...

¿Son entonces o no las Corporaciones que estamos estudiando verdaderas *Administraciones Públicas*? La cuestión así formulada es demasiado elemental y no admite una respuesta absoluta. Lo son *secundum quid*, no lo son por esencia y en su totalidad. Lo son en la medida en que son titulares de funciones públicas atribuidas por la Ley o delegadas por actos concretos de la Administración, pero ya sabemos que estas funciones no agotan su naturaleza, más bien orientada sustancialmente hacia la atención de intereses propiamente privados. El artículo 1 LJ incluye a estas corporaciones entre las Administraciones Públicas siempre que estén “sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad Local”. Este sometimiento a la tutela de un ente territorial se da justamente allí donde hay *ejercicio de funciones públicas*, como un “plus” sobre su naturaleza intrínseca.

Pero tal identificación subjetiva entre Corporaciones de base privada que tienen atribuidas funciones públicas y Administraciones Públicas resulta profundamente equívoca. Ni los fondos de estas Corporaciones constituyen dinero público, ni sus cuotas o derramas -entre sus miembros, no *ad extra*, naturalmente- exacciones públicas regidas por el principio de legalidad tributaria (salvo algún caso específico en que la Ley ha afectado verdaderos tributos: así las Cámaras de Comercio), ni sus empleados funcionarios, ni sus contratos son en ningún caso contratos administrativos, ni sus bienes nunca demaniales, ni sus actos son actos administrativos fuera del caso específico de que se produzcan en ejercicio de las funciones delegadas. *Más simplemente, y en forma positiva: sólo en la actividad referente a la constitución de sus órganos (procesos electorales), por lo mismo que la organización es pública, y en los limitados aspectos en que actúan funciones administrativas atribuidas por la Ley o delegadas, las actuaciones de las Corporaciones de base privada puede calificarse de administrativa a los efectos de su régimen jurídico y de su eventual enjuiciamiento jurisdiccional*; en esos casos se da normalmente un recurso previo ante la Administración de tutela (recurso de ‘alzada impropio’ -esto último, como veremos más adelante, porque la alzada actúa normalmente en el seno de una misma persona jurídica, en tanto que aquí no hay relación de je-

12 Así, por ejemplo, al referirse al Consejo Superior Bancario español, MARTÍN RETORTILLO habla de su inserción “en las propias estructuras fiscalizadoras de la Administración del Estado”, mientras que FRANCH I SAGUER habla de “un órgano creado y unido fuertemente a la Administración del Estado. Por su parte, POLANCO ALCÁNTARA califica entre nosotros al CBN como un organismo público “de carácter administrativo”.

rarquía interna, sino de tutela entre entes distintos-), recurso que viene a jugar como una suerte de reconversión administrativa de un acto que originariamente aparece dictado por una Corporación que no es por sí misma una Administración Pública estrictamente tal, aunque ejercite funciones de ésta.

Por ello, más que de tal identificación subjetiva entre Corporaciones de base privada y Administraciones Públicas podría hablarse, más técnicamente, de que aquéllas vienen a actuar como verdaderos agentes descentralizados de la Administración. Con lo cual, al margen ya de su forma pública de personificación, que es debida a otros funcionalismos, como hemos visto, su régimen vendría a equiparse al de los supuestos de autoadministración cumplidos por entidades propiamente privadas, a los que no hemos referido anteriormente. Son éstas, indudablemente, agentes descentralizados de la Administración de la que reciben por delegación el ejercicio de alguna función propia de aquélla controlada por la misma (a través de una tutela específica y más en particular de las alzas impropias como técnica de reconversión administrativa de sus actos delegados). *En uno y otro caso estaríamos en el supuesto del artículo 28.4.b)LJ, que refiere los supuestos de 'particulares cuando obrasen por delegación o como meros agentes o mandatarios de la Administración', para considerarlos integrados en el complejo orgánico de ésta, lo cual no implica, como resultado obvio, su transformación en Administraciones Públicas estrictamente tales.*¹³ (Las cursivas que aparecen en la transcripción, han sido incluidos por el autor del presente estudio).

Pues bien, al aplicar al CBN el elenco de “índices reveladores” propuesto por los autores cuya opinión acaba de transcribirse, encontramos lo siguiente:

Su *creación* ha tenido lugar a través de una forma originaria de Derecho Público; concretamente, por voluntad de la ley (Artículo 46 de la Ley de Bancos de 1940);

Su *configuración e integración* viene impuesta directamente por la LGBOIF (artículos 207, 208 y 209).

Goza de *autarquía y no subordinación jerárquica* a ningún otro ente público, mereciendo destacarse que la participación de los máximos jerarcas de otros entes públicos con competencias de actuación sobre el sistema financiero (Sudeban, Fogade y BCV), ha sido prevista con carácter de “observadores” con derecho a “voz”, lo que refuerza aún más su sustrato corporativo de base privada.

13 *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 381-383. Señalan estos autores que “... la jurisprudencia constitucional ha hecho suyo este planteamiento, al referirse a los Colegios Profesionales. ‘Puede considerarse -nota la Sentencia del 15 de julio de 1987-, como algún relevante sector doctrinal dice, que son corporaciones sectoriales de base privada, esto es, corporaciones públicas por su composición y organización, que, sin embargo, realizan una actividad que, en gran parte, es privada, aunque tengan atribuidas por al Ley o delegadas algunas funciones públicas’ (*Vid.* También Sentencias constitucionales de 5 de agosto de 1983, 20 de febrero de 1984 y 18 de febrero de 1988)...”. Agregan que “...Esa falta de identificación subjetiva entre Corporaciones de base privada y Administraciones Públicas viene corroborada por alguna jurisprudencia. Así, la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha negado a las Cámaras de Comercio los beneficios que la Ley de Arrendamiento Urbanos reconoce a los entes públicos (incluyendo *expressis verbis* a las Corporaciones de Derecho Público: art. 4, 76, etc.): Sentencia de 22 de marzo de 1954 y 24 de octubre de 1958. La Sala (hoy 3ª) del Tribunal Supremo ha declarado que no es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa revisar los actos de las Mutualidades de Funcionarios, no obstante estar constituidas todas ellas como verdaderas Corporaciones del Derecho Público, por disposiciones legales, y no como mutualidades privadas, tener afectos fondos públicos y estar sometidos a tutela estatal: Sentencias de 5 de febrero de 1964 y 7 de diciembre de 1968 (distinto es el caso, naturalmente, de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local -*vid.* Disposición final segunda LRL-, en cuanto que actúa un verdadero sistema de clases pasivas legales; otro tanto ocurre con la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, que gestiona el Régimen Especial de la Seguridad Social en este sector, de acuerdo con la Ley de 27 de junio de 1975, cuyo artículo 5º la califica como organismo autónomo excluido de la LEEA y adscrito a la Presidencia del Gobierno a quien expresamente se encomienda el conocimiento y resolución de los recursos administrativos de alzada y revisión, previos a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, que se interponga contra los actos de sus órganos rectores).

El origen de *su presupuesto no es público*, sino privado, proveniente de sus miembros (numeral 8 del artículo 212 de la LGBOIF), salvo excepcionales ingresos que expresamente hayan sido sujetos por voluntad de la ley.

Sus directivos y sus empleados *no son funcionarios públicos*, aún cuando por voluntad de la ley y en casos especiales, éste establecimiento corporativo ejerza funciones públicas circunstanciales.

Sus relaciones contractuales no son administrativas, sino eminentemente de derecho civil o mercantil, sin que su voluntad para contratar esté sujeta a las disposiciones de la Ley de Licitaciones,¹⁴ ni sus eventuales empréstitos sometidos a la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹⁵.

Sólo dicta *actos administrativos*, sujetos al régimen jurídico propio de la actuación de la Administración Pública, en aquellos casos en que obra *en ejercicio de funciones administrativas conferidas por ley*, y *bajo supuestos especiales*, lo cual supone que, en tal especial supuesto, éstos deban dictarse y controlarse conforme a los propios mecanismos previstos por el derecho público.

Sus bienes (y patrimonio en general) no son del dominio público, estando regidos exclusivamente por el derecho privado, sin que los actos de administración sobre su patrimonio estén sujetos ni al control de la Contraloría General de la República, ni al régimen previsto en la Ley contra la Corrupción.¹⁶

Luego, no cabe duda que a la luz de los resultados que arroja la aplicación de este cúmulo de índices, y utilizando la expresión de los autores cuya opinión se ha venido citando a lo largo de este punto, más que una *equivalencia subjetiva* entre el CBN como Corporación Pública de base privada (*establecimiento público corporativo*) y *Administración Pública* (Central o descentralizada), cabe afirmar que lo que se da en el presente caso, al igual que en el de muchos otros establecimientos públicos corporativos (*Vgr.* colegios profesionales), es una *equivalencia material* entre la actuación del CBN y la *actividad administrativa*, en aquellos casos en los cuales la propia LGBOIF le atribuye competencias que implican un claro ejercicio de *funciones públicas*.

Dicho de otro modo, la propia naturaleza del CBN como *ente público*, más concretamente como *establecimiento público corporativo*, situado dentro de las *personas jurídicas de Derecho Público “no estatales”*,¹⁷ determina su *no inclusión* dentro del *ámbito orgánico de la Administración Pública* (justamente, el ser una persona jurídica de Derecho Público “no estatal”, determina su “*no referibilidad al Estado*”, desde el punto de vista netamente orgánico), siendo el ejercicio de funciones públicas, como criterio *material*, y no su naturaleza de *ente público*, lo que hace someter la actuación del CBN al régimen jurídico especial y propio que regula la actividad de la Administración Pública.

Ya se ha dicho que, además del diseño en tres niveles que asume el artículo 2 de la LOAP para determinar su ámbito subjetivo de aplicación, el artículo 135 *eiusdem*, que encabeza el Título VI relativo justamente a la partición ciudadana, contempla como modalidad específica para el ejercicio de ese derecho la posibilidad de formular *propuestas y opiniones sobre la gestión de la Administración Pública*, constituyéndose así dicho

14 Publicada en la *G.O.* N° 5.556 del 13 de noviembre de 2001.

15 Publicada en la *G.O.* N° 37.606 del 09 de enero de 2003.

16 Publicada en la *G.O.* N° 5.637 Extraordinaria del 07 de abril de 2003.

17 Se asume aquí la clasificación que ofrece al respecto CABALLERO ORTIZ, Jesús, *Los Institutos Autónomos*, *ob. cit.*, pp. 39 y 42.

precepto en uno de los que, de acuerdo con el mismo artículo 2, resulta aplicable no sólo a los entes y órganos de la Administración Pública *Nacional*, sino también a los *Estados Municipios y Distritos Metropolitanos*.

Pero también ha quedado claro que al emplear el término *Administración Pública*, visto en franca consonancia con lo establecido en el artículo 2, la LOAP, en su artículo 135, asumió indiscutiblemente un *criterio orgánico* para determinar la vinculación a ese deber de recibir y procesar propuestas y sugerencias.

En consecuencia, a la luz de las consideraciones expuestas a lo largo del presente punto, cabe afirmar que aún siendo el CBN un indiscutible *ente público*, no cabe identificarlo subjetivamente dentro del ámbito propio de la *Administración Pública*, orgánicamente hablando, y por tanto, no resulta exigible de cara al mismo la posibilidad de ejercer el derecho de participación ciudadana mediante la formulación de *propuestas y opiniones sobre su gestión*, en los términos previstos por el artículo 135 de la LOAP.

4. Potestades normativas del CBN. Aplicación del régimen de “consulta pública” previsto en la LOAP

Determinado lo anterior, resta precisar, según lo anunciado al inicio de la presente sección, si la LGBOIF ha atribuido o no al CBN el ejercicio de potestades públicas frente a las cuales quepa invocar la aplicación del régimen jurídico rector de la actividad administrativa; y más concretamente a los fines que aquí nos ocupan, si le ha sido atribuido el ejercicio de competencias de contenido normativo frente a las cuales resulte predicable la aplicación del régimen de *consultas públicas*, previsto en el artículo 136 de la LOAP.

A tal efecto y más concretamente, resulta necesario identificar la atribución al CBN de competencias que materialmente impliquen:

El ejercicio de una auténtica *potestad normativa* (al significar la *creación* de normas) y;

Una vinculación o *sujeción al derecho público* (por responder a fines públicos confiados a la CBN, cuyas consecuencias vinculen a los ciudadanos, justificando -incluso por esta razón- dar cabida al trámite de consultas previsto en el artículo 136 de la LOAP).

En ese orden de ideas, observamos que tan solo las *competencias contenidas en los numerales 5 y 7 del artículo 212 de la LGBOIF cumplen concurrentemente con ambos criterios*.

En efecto, el numeral 5 le atribuye expresamente al CBN competencia para “*Estudiar, coordinar y mejorar las prácticas bancarias, y velar por su observancia y uniformidad, a los fines de que se brinde un servicio óptimo al usuario del sistema bancario nacional.*” Atendiendo al tenor literal de este precepto, el CBN deviene en titular de una competencia cuya ejecución abarca los siguientes aspectos:

El *estudio, identificación o verificación* de aquellas prácticas reiteradas en la cotidiana actividad bancaria;

Su *coordinación*, que en cierto modo alude a una labor activa dirigida a armonizar la ejecución de tales prácticas por parte de quienes operan en el sector;

Pero sobre todo y he aquí lo más importante aún, su *mejoramiento*, lo que alude inequívocamente a una labor *creativa* en la cual, a diferencia de lo que acontece con el ejercicio de la potestad prevista en el numeral 4 en materia de “*costumbres*” (donde la actuación del CBN se limita a identificar y compilar), puede incluso introducir *variaciones*

nes al contenido material y a la ejecutoria misma de la práctica de que se trate, lo cual -obviamente- será fruto o resultado del *estudio* de la misma que, conforme a este mismo numeral 5, también corresponde al CBN.

Obviamente, el resultado de esa labor se traduce en la producción de una auténtica *norma abstracta y general*, y por tanto, en una verdadera *f fuente del derecho*, no sólo para los bancos, entidades de ahorro y préstamo e instituciones financieras que, de acuerdo al propio numeral 5, están llamados a observarla y acatarla de manera *uniforme*, sino también para los *usuarios y clientes* cuyas relaciones con los bancos e instituciones del sistema, puedan verse incididas por la puesta en marcha y exigencia de tales prácticas.

Algo similar puede afirmarse de cara al tenor literal del numeral 7 del artículo 212 de la LGBOIF, que dejando a salvo el ejercicio de las competencias del BCV en esta materia, atribuye al CBN competencia para “...establecer las pautas que debe aplicar el sector bancario en materia de cobro de servicios al cliente, a los fines que se guarde una proporción adecuada entre los costos operativos de la banca y las tarifas cobradas al cliente. Pues bien, casi sobra decir que, aunque con menor intensidad, el establecimiento de estas pautas está dirigido a ser obedecido o acatado por los distintos bancos, entidades de ahorro y préstamo e instituciones financieras que operan en el sistema. Pero además, inciden indiscutiblemente, incluso con mayor intensidad que las prácticas, en todos y cada uno de los contratos suscritos entre las múltiples entidades bancarias o financieras y el universo de clientes.

Luego, no cabe duda que, al menos por lo que respecta a las competencias que le han sido atribuidas por los numerales 5 y 7 del artículo 212 de la LGBOIF, el CBN se encuentra habilitado para el ejercicio de auténticas *funciones estatales de contenido normativo*.

Ahora bien, atendiendo al tenor literal del artículo 136 de la LOAP, el trámite de consultas públicas allí previsto resulta exigible frente a *todo órgano o ente público*, lo cual, pese a constituir también un criterio *orgánico* para determinar el ámbito de aplicación de la obligación prevista en dicho precepto, no cabe duda que es mucho más amplio que el utilizado para similares fines por el artículo 135 de ese mismo texto legal (*Administración Pública*), en materia de sugerencias y propuestas.

Ya se ha dicho y ha quedado claramente establecido que, si bien no cabe incluir al CBN, orgánicamente hablando, dentro de la estructura organizativa de la *Administración Pública*, también resulta absolutamente indiscutible que, en cuanto a su naturaleza jurídica, dicha institución constituye un auténtico *ente público*.

En consecuencia, con arreglo a las consideraciones antes expuestas, al menos por lo que respecta al ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 5 y 7 del artículo 212 de la LGBOIF, dado el carácter *normativo* de las mismas, cabe afirmar que el CBN deviene en obligado a asumir y dar cabida al proceso de *consultas públicas*, previsto en el artículo 136 de la LOAP, en el cual tendrán cabida las organizaciones o asociaciones que, en ejercicio de su derecho a la participación ciudadana, pero dentro de los límites y condiciones que se precisan en posterior sección de esta misma opinión, se arroguen la representación de clientes o usuarios y quieran hacer valer sus puntos de vista frente a la regulación propuesta.

Pero asimismo, atendiendo también al propio tenor literal de los artículos 135 y 136 de la LOAP, resulta indispensable precisar que el CBN constituye una de esas *organizaciones públicas no estatales* que, de cara a la actuación de Sudeban, Fogade y el BCV, se encuentra absoluta e indiscutiblemente legitimada, no sólo para formular *propuestas y opiniones* sobre la gestión de estos entes (artículo 135), sino también para participar, en

representación del sector bancario (artículo 210 de la LGBOIF), en los procesos de *consultas públicas* que, irremisiblemente y sin lugar a dudas, están obligados a sustanciar cada uno de dichos entes en ejercicio de sus competencias normativas.

5. Cargas y requisitos que impone el procedimiento de “consulta”

Precisado como ha sido lo concerniente al alcance del ejercicio de estos mecanismos de participación ciudadana frente al CBN, por parte de asociaciones o agrupaciones que se arroguen la representación de intereses de usuarios y clientes, corresponde abordar lo concerniente a las cargas y requisitos que impone el procedimiento de consultas públicas, tanto para tales organizaciones, como para el propio CBN.

En tal sentido, lo primero que debemos precisar es que el ejercicio de las potestades normativas sometidas a la consulta prevista en la LOAP (las referidas a los numerales 5 y 7 del artículo 212 de la LGBOIF), incide indudablemente y podría llegar a incidir, respectivamente, en la esfera jurídica de dos (2) principales grupos: (a) indiscutiblemente, en el referido a los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras destinatarios naturales de los productos del ejercicio de tales competencias; (b) Eventualmente -aunque de manera más segura en el caso de las resoluciones adoptadas en ejercicio de la competencia prevista en el numeral 7 del artículo 212 de la LGBOIF-, al cúmulo de *usuarios o clientes* del sistema bancario nacional.

En ese orden, cabe considerar que el CBN ha de observar los siguientes extremos¹⁸:

Crear un *Registro de Comunidades Organizadas y Organizaciones Públicas No Estatales*, en el cual deberán inscribirse aquellas que, arrogándose la representación de usuarios o clientes, deseen participar en los procesos de consultas públicas ante las propuestas de normativa que, en ejercicio de las facultades previstas en los numerales 5 y 7 del artículo 212 de la LGBOIF, anuncie el CBN (Artículo 135 LOAP);

Sólo serán susceptibles de ser inscritas libremente en el Registro al cual se hace referencia en el punto inmediato anterior, aquellas que revistan formalmente el reconocimiento como personas jurídicas (o morales) de derecho (no de “hecho o irregulares”), conforme a las disposiciones del derecho común, incluyendo -pero no exclusivamente- aquellas que hayan sido inscritas ante el respectivo Registro Civil y que encontrándose ajustadas a su la legislación aplicable, tengan como *único objeto social la defensa y promoción de los derechos de los usuarios y clientes del sistema financiero*. Con ello resultarán excluidas todas aquellas organizaciones cuyos fines respondan a intereses políticos, gremiales, científicos, educativos, o inclusive, aquellas referidas a la defensa del consumidor y al usuario en términos globales, todo ello, tanto material como formalmente.

Si bien la LOAP sólo condiciona el registro de estas organizaciones a que su “...*objeto se refiera al sector*”, sin ninguna otra precisión que establezca otros requisitos o límites para el reconocimiento de este tipo de organizaciones, cabe señalar que entre las disposiciones que podrían ser aplicadas analógicamente en esta materia, se encuentran las previstas en los artículos 74 y siguientes de la nueva Ley de Protección Al Consumidor y al Usuario (LPCU),¹⁹ artículos estos que sí establecen una serie de requisitos para la constitución de esta clase de organizaciones; a saber:

18 De conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 136 y siguientes de la LOAP.

19 Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.930, del 04 de mayo de 2004.

Que estén constituidas por un mínimo de veinticinco (25) personas naturales;

Estar desvinculados de causas comerciales, fines de lucro, emitir consejos u opiniones comerciales, y no aceptar anuncios comerciales en sus publicaciones;

Se les reconoce legitimación activa en sede judicial y administrativa para interponer las acciones, recursos trámites o gestiones que procedan. (Vid. artículo 76.2 de la Ley);

Se excluyen las sociedades o asociaciones irregulares o de hecho, pues se les condiciona y sujeta a su inscripción en el Registro respectivo, de conformidad con lo previsto en el Código Civil, aunado al hecho de sujetarse a leyes de carácter público como la Ley contra la Corrupción, respecto a los manejos de las ayudas y subvenciones públicas que reciban.

Remitir el Proyecto de Normativa sólo a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales que se hayan inscrito en el Registro al cual se hace referencia en el punto inmediato anterior (artículo 136 LOAP);

Paralelamente a esa remisión, publicar un aviso en la prensa nacional y en su página web, indicando la apertura del proceso de consulta y su duración (en éste último medio deberá ofrecerse a la disposición del usuario el texto del proyecto normativo). *Cabe señalar que, en ese mismo lapso, cualquier particular podrá presentar las observaciones y comentarios que estime convenientes, aún y cuando no se encuentre inscrito en el Registro de Organizaciones y Comunidades antes aludido.*

Recibir las opiniones de las organizaciones públicas no estatales o comunidades organizadas, así como de cualquier ciudadano que desee participar en esta fase del proceso, dentro del plazo que haya sido fijado en el anuncio al cual alude el punto inmediato anterior, el cual no será nunca inferior a diez (10) días inmediatos siguientes a la fecha en la cual, los inscritos en el Registro, hayan recibido copia del proyecto normativo;

Una vez fenecido el lapso para recibir las observaciones, sugerencias y comentarios, el CBN deberá fijar una oportunidad en la cual se realice una reunión (o suerte de “plena-ria”), en donde los especialistas designados por el Consejo, las organizaciones y comunidades registradas, discutan y evalúen las sugerencias, observaciones y comentarios al proyecto normativo. Reunión a la cual sólo podrán asistir los representantes de las organizaciones debidamente registradas.

Los resultados de la Reunión aludida *no serán vinculantes* para el CBN, el cual se puede apartar de las mismas.

La definitiva aprobación y posterior publicación de la normativa prudencial que involucre directos intereses de los usuarios y clientes del sistema bancario por parte del CBN, sin que se hayan cumplido los trámites antes indicados, correrá el riesgo que sea declarado nulo de nulidad absoluta por las Cortes de lo Contencioso Administrativo,²⁰ mediante la interposición de un recurso contencioso administrativo de nulidad.

Sólo en casos de emergencia manifiesta y seguridad del sistema bancario, podría el cbn aprobar y publicar textos normativas (en los términos antes señalados), sin cumplir con el procedimiento antes explicado. No obstante, una vez publicadas las normas, deberá seguirse el procedimiento antes señalado, y cuyos resultados igualmente no serán vinculantes.

20 La normativa prudencial que dicte el CBN reviste el carácter de un acto administrativo normativo de efectos generales, reputable como un acto de autoridad por expresa disposición de la LGBOIF, lo que trae como consecuencia que pueda ser atacado mediante la interposición de los recursos contenciosos administrativos de nulidad ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

V. CONCLUSIONES

De todo cuanto se ha expuesto a lo largo del presente estudio, cabe señalar, a modo de conclusión, lo siguiente:

1. Para que una organización que se arroge la representación de los intereses de usuarios o clientes del sistema, pueda actuar válidamente ante el CBN, debe inscribirse previamente en el *registro de Comunidades Organizadas y organizaciones Públicas No Estatales* que debe crear el CBN, en los términos previstos en el artículo 135 de la LO-AP.

2. Aunque dicho precepto sólo condiciona el registro de estas organizaciones a que su “...objeto se refiera al sector”, sin ninguna otra precisión que establezca otros requisitos o límites para el reconocimiento de este tipo de organizaciones, cabe señalar que entre las disposiciones que podrían ser aplicadas analógicamente en esta materia, se encuentran las previstas en los artículos 74 y siguientes de la nueva Ley de Protección Al Consumidor y al Usuario, artículos estos que sí establecen una serie de requisitos para la constitución de esta clase de organizaciones; a saber:

Que estén constituidas por un mínimo de veinticinco (25) personas naturales;

Estar desvinculados de causas comerciales, fines de lucro, emitir consejos u opiniones comerciales, y no aceptar anuncios comerciales en sus publicaciones;

Se les reconoce legitimación activa en sede judicial y administrativa para interponer las acciones, recursos trámites o gestiones que procedan. (*Vid.* artículo 76.2 del Proyecto de Ley);

Se excluyen las sociedades o asociaciones irregulares o de hecho, pues se les condiciona y sujeta a su inscripción en el Registro respectivo, de conformidad con lo previsto en el Código Civil, aunado al hecho de sujetarse a leyes de carácter público como la Ley contra la Corrupción, respecto a los manejos de las ayudas y subvenciones públicas que reciban.

3. El único derecho que -hasta ahora- les reconoce el Derecho positivo interno venezolano, como manifestación de ejercicio de su *participación ciudadana* en los asuntos públicos, es simple y llanamente participar en los procesos de *consultas públicas* que el CBN, al ejercer las competencias normativas que tiene atribuidas en los numerales 5 y 7 del artículo 212 de la LGBOF, debe abrir y sustanciar, en los términos y con las precisiones previstas en el artículo 136 de la LOAP, detalladas suficientemente en la sección 5 de la presente opinión.

4. No hay respuesta en el derecho positivo interno ante la posibilidad que concurren diversas organizaciones arrogándose la representación en cuestión y a cuál de ellas debe preferirse. Sin embargo, de aplicarse por analogía las disposiciones contenidas en los artículos 74 y siguientes de la nueva LPCU, una vez entren en vigor, el propio CBN podría, en el instrumento que dicte para crear y regular el Registro al cual alude el artículo 135 de la LOAP, precisar límites materiales y numéricos a las organizaciones que aspiren inscribirse, indicándoles en caso de duplicidad que sugieran a sus miembros inscribirse en la que ya se encuentre Registrada con tal fin ante el propio CBN.

Es, pues, en estos términos como se estima debe ser tratada la cuestión planteada como objeto del presente estudio.

§27. REGULARIZACIÓN DE LA TENENCIA A FAVOR DE LOS OCUPANTES ILEGALES DE TIERRA URBANA

Judith Rieber de Bentata

Profesora de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La invasión de terrenos desocupados es un fenómeno que se observa en casi todos los países del mundo, aún cuando su ocurrencia es mayor en la medida en que menor es el grado de desarrollo económico de una sociedad, y tiene profundas incidencias dentro de ella.

En buena parte de los países latinoamericanos en general y en Venezuela en particular, desde los años 40 comenzó la migración hacia las ciudades más grandes, las cuales no estaban preparadas para recibir esa cantidad de personas y las autoridades competentes no tomaron medidas ni para detener la migración ni para recibir esa afluencia de personas.

Así los ranchos comenzaron a ocupar la “orilla” de lo que habían sido ciudades con estructura física diferenciada pero simple: centro y “orilla”. De esta manera fueron surgiendo los rancheríos que son el origen de lo que en Venezuela se ha dado en llamar barrios adultos o barrios establecidos, y que conforman la ciudad barrio: una ciudad dentro de otra, la cual ya han traspasado los límites de esa “orilla” para adentrarse en el corazón de las ciudades.

De esta manera, dada la negligencia de las autoridades en evitar esta “invasión”, bien impidiendo que ello se diera, o bien ejecutando una adecuada política de vivienda, quienes vinieron a vivir en las ciudades tuvieron que resolver sus problemas a como diere lugar y por sus propios medios, las más de las veces sin recursos económicos. Todo ello se vio aunado a la complacencia política y la indiferencia de las autoridades a las cuales correspondía tomar medidas, y llevó a la ocupación de terrenos cuya propiedad desconocían los invasores y, a veces, repitiendo la situación de los lugares de donde venían, ni siquiera tenían en mente que se trataba de terrenos ajenos, públicos o privados, y tampoco les importaba mucho.

Así, debemos tener presente que, con frecuencia, los ocupantes de terrenos ajenos no se plantean el problema de la titularidad de la tierra que invaden, porque generalmente vienen de zonas del país donde tal conducta es habitual. Es el caso, por ejemplo, de los indios venezolanos, quienes consideran que la propiedad de la tierra viene dada por el trabajo que se realiza en ella: una vez que se deja de trabajar se pierde la propiedad y se adquiere aquella tierra que se pasa a ocupar. Ambas cosas ocurren sin que ni siquiera se planteen la necesidad de disponer de un título formal.

También en Venezuela, personas de poca educación en el interior del país se limitan a ocupar terrenos que le son necesarios, bien para vivir o bien para sembrar, conducta que traen a las ciudades cuando emigran.

Es el mismo caso de muchas partes de África donde la posesión basada en reglas de costumbre es lo habitual, al igual que sucede en algunos países del Cercano Oriente donde los sistemas islámicos de tenencia de la tierra han llevado al surgimiento de formas de apropiación que dependen de las condiciones sociales, culturales y climáticas, sin poner mayor cuidado en la situación jurídica de los terrenos.

Otro caso es el de la Ley Otomana de la Tierra de 1858 aún vigente, según la cual cualquier persona puede ocupar terrenos públicos vacíos siempre que los utilice para cultivo o para vivienda.

Estos sistemas, basados en la costumbre o la religión, han desarrollado formas diversas de relación de las personas con los terrenos sobre los cuales construyen sus casas, los cuales se mantienen vigentes en las áreas rurales de muchos países.

De esta manera, personas que han vivido bajo regímenes como los antes mencionados y otros similares, al llegar a las zonas urbanas no se plantean la improcedencia legal de ocupar terrenos cuyos propietarios desconocen¹.

Estas circunstancias llevan a que, independientemente de que los terrenos sean de propiedad privada o pública, -nacional estatal o municipal- progresivamente se han ido desarrollando ciudades paralelas, en el sentido de que se tratan de áreas habitadas que se rigen por sus propias normas -jurídicas, de convivencia, de construcción- y que han llevado a los barrios a ser lo que son hoy día.

Esta situación evidencia grandes desigualdades, odiosas e injustas, dadas las muy precarias condiciones en las que con frecuencia se vive en los barrios, con servicios deficientes o inexistentes, y donde buena parte de sus habitantes se encuentran fuera de la economía formal, con gran número de niños que no van a la escuela. Es más, es común el caso de personas que viven en los barrios sin salir nunca de ellos y que no conocen la ciudad que tienen físicamente a su lado.

Las causas de esta situación son diversas, pero ha sido determinante la negligencia de las autoridades antes mencionada, que ante una situación como ésta han sido indiferentes, dejando que el problema creciera hasta llegar a la situación que hoy día se observa en casi todas las ciudades grandes y medianas del mundo.

De esta manera, aún cuando nos resulte inimaginable, países como Austria,² han debido enfrentarse a un problema de renovación de inmuebles alquilados que permanecieron ocupados a pesar de estar ya vencidos los contratos de arrendamiento, operación que ha incluido la rehabilitación física del área donde se encuentran.

Se trata de inmuebles que se encontraban en estado deplorable y que fueron arrendados a inmigrantes de muy bajos recursos, en áreas con complejidades derivadas de problemas sociales y económicos, que carecían de infraestructura adecuada, en un ambiente contaminado y con otros fenómenos derivados de los anteriores. Terminaron siendo viviendas iguales a las que se encuentran en todas las ciudades del mundo, con los mismos problemas que aquéllos de los barrios de los países subdesarrollados, en este caso derivados de una incontrolable inmigración ilegal.

1 Ejemplos tomados de PAYNE, Geoffrey, *Improving tenure security for the urban poor*, editor Land, Rights & Innovations, Published by ITDG Publishing London, Printed by Bell & Bain Limited, Glasgow 2002, p. 4

2 Renovación Urbana sostenible en Viena (Austria). Buenas prácticas del concurso Habitat II. Editado a partir de una versión inglesa, traducido por Arantza ALVAREZ ZABALA. Patrocinado por la Dirección General de la Vivienda, la Arquitectura y el Urbanismo del Ministerio de Fomento de España.

La transferencia de derechos sobre los mencionados inmuebles y su rehabilitación, se llevó a cabo mediante un procedimiento que llaman de “renovación urbana suave”, regida su ejecución por los siguientes principios: priorizar el criterio social, evitar la segregación social y el clasismo, fomentar el cambio forzado de propiedad a favor de los ocupantes y hacer posible la rehabilitación de la vivienda y del entorno.

En Venezuela, el tema de la situación jurídica y urbanística de los barrios solo recientemente ha recibido atención de los estudiosos y de las autoridades. Prueba de esto es, además de la evidencia que representan estas zonas invadidas, que el primer estudio jurídico sobre el tema que nos ocupa en Venezuela es de 1979, elaborado por Rogelio Pérez Perdomo y Pedro Nikken³. Incluso, hasta hace relativamente poco tiempo, en los planos de las ciudades venezolanas, las zonas de barrios aparecían señaladas como zonas verdes; sólo recientemente han comenzado a aparecer como zonas de barrios.

Pareciera que las autoridades responsables del asunto hubieran pensado que si obvian ocuparse del problema, éste desaparecería. Han dejado de lado la elaboración y ejecución de una adecuada política de ordenación urbanística de los barrios y de construcción de viviendas, las cuales, vistas con todo el dramatismo que ello trae consigo, supone humanizar la vida de seres humanos. Evidentemente, ello debe incluir una adecuada política de construcción de viviendas en la medida del crecimiento de la población, para evitar que se resuelva el problema por un lado, pero siga surgiendo por el otro.

En nuestro país, inicialmente la atención que se dio a los barrios se limitaba al fachadismo, bien sea pintando todas las casa del mismo color, o con colores estridentes para que fuera mas “gracioso” a los ojos de quienes las ven desde lejos, pero que no cambiaban a fondo la calidad de vida de sus habitantes.

II. DERECHO A LA VIVIENDA

La Constitución venezolana consagra el derecho a la vivienda de la siguiente manera:

Artículo 82. Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios públicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.

El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas.

Es así como el artículo transcrito no solo consagra el derecho a la vivienda, sino que debe tratarse de una “vivienda segura, cómoda, higiénica, con servicios públicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias”.

Para lograr estos objetivos constitucionales, resulta indispensable acompañar la transferencia de derechos de la habilitación física del entorno.

³ PÉREZ PERDOMO, Rogelio y NIKKEN, Pedro, *Tenencia de la tierra en los barrios: Regularización*, Publicado por la Fundación de la Vivienda Popular, Caracas, Venezuela; *Derecho y propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas*, Universidad Central de Venezuela-Fondo de Cultura Económica, Caracas, 1979.

En efecto, el objetivo último de los procesos de regularización de la tenencia de los terrenos urbanos no es solamente transferir derechos a los ocupantes, sino darles una vivienda digna. Nada logramos, por ejemplo, con transferir a los ocupantes derechos sobre terrenos inestables que, a la primera lluvia pueden deslizarse y desaparecer la vivienda. Es necesario que los terrenos que se transfieran estén ubicados en áreas que dispongan de los servicios mínimos, para que realmente tenga sentido para estas personas el considerarse titulares de dichos terrenos y esforzarse por mantener las viviendas que ocupan y su entorno recuperado mediante una rehabilitación física que responda a las necesidades elementales de sus habitantes.

Pero además, el otorgamiento de títulos contentivos de derechos sobre los terrenos urbanos tiene la virtud de dar a sus titulares capacidad crediticia, porque disponen de títulos útiles para servir de garantía a la solicitud de créditos bancarios, especialmente a los microcréditos. Siendo así, al estar ubicado el terreno en una zona con servicios públicos y un entorno adecuado, su valor aumenta y con ello la cantidad que puede ser pedida en préstamo.

Por su parte, las Naciones Unidas ha incluido el derecho a la vivienda dentro de la categoría de los derechos humanos, y la Constitución venezolana lo ha consagrado en el Capítulo “De los derechos sociales y de las familias”, en su artículo 82 antes transcrito.

De la lectura del texto constitucional venezolano podemos considerar que surge para “toda persona” el derecho de tener una vivienda con características que incluyen, entre otras, la disponibilidad de los servicios públicos que la Constitución llama esenciales.

Por otra parte, están obligados a hacer efectivo este derecho tanto el Estado “en todos sus ámbitos” como los particulares, pero es más claro respecto de las obligaciones del primero al establecer expresamente que éste “dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas”.

III. SOLUCIONES QUE PODEMOS APORTAR. TRANSFERENCIA DE DERECHOS Y HABILITACIÓN FÍSICA

Hay una primera disyuntiva: dejamos las cosas como están o buscamos una solución.

Tomar la primera opción haría que las circunstancias actuales se agravaran y se dieran consecuencias sociales, económicas y políticas impredecibles. Por esta razón, lo lógico y lo deseable es tratar de resolver el problema.

Siendo así, cuál es la vía que debemos seguir para encontrar esta solución?

Otra vez tenemos dos opciones iniciales: desalojar a los ocupantes ilegales, incluso por la fuerza como será necesario en muchos casos, o regularizar la tenencia de la tierra urbana.

En realidad, no se trata de mecanismos excluyentes, porque en algunos casos será posible desalojar ofreciendo alguna alternativa y en otros será ineludible el desalojo, sobre todo cuando se trata de zonas de alto riesgo, sin olvidar que con ello se rompe todo un tejido humano que va creciendo a lo largo del tiempo, lo que puede generar reacciones adversas.

Pero no podemos dejar de lado la regularización de la tenencia de la tierra, tema central de este trabajo, ya que por sí sola no es suficiente. Es necesaria la habilitación física del barrio para dar una mejor calidad de vida.

Ello es así por diversas razones. No se trata solamente de que los ocupantes de los barrios tengan un papel que les dé un derecho sobre un trozo de tierra. De lo que sí se trata es de dar a estas personas una vida mejor, con todo lo que esto supone, y para ello es necesario no solo que sean titulares de la vivienda, sino que además ésta se encuentre en un lugar en el que se disponga, por lo menos, de los servicios mínimos y de un ambiente sano, para lo cual se hace necesaria la habilitación física del entorno.

Esto tiene la ventaja adicional de crear una sensación de pertenencia en los nuevos titulares de derechos y el deseo de defender lo que han obtenido, y esto contribuye, no solo al mejoramiento de la calidad de vida como pretende la norma constitucional y al mantenimiento de las viviendas y del entorno, sino a la protección del barrio, ya que la experiencia nos demuestra que, en estos casos, son los ocupantes los primeros en proteger el barrio y evitar las nuevas invasiones que desmejoran la calidad del ambiente y de los servicios.

Además, hay otro elemento que no podemos dejar de lado. Es necesario que la habilitación incluya la inserción del barrio dentro del entramado urbano, para que deje de ser un enclave dentro de la ciudad y se incorpore a ella. Esto redundará en el mejoramiento de sus condiciones socio-políticas de ciudadanía de los habitantes del barrio, ya que se sentirán parte de la ciudad.

La norma constitucional venezolana antes transcrita recoge la relación entre el derecho a la vivienda y habilitación física, porque no se limita a establecer el derecho a la vivienda, al cual nos referiremos mas adelante, sino que además impone una serie de características que deben respetar dichas viviendas.

Una posibilidad es la de comenzar por la transferencia de derechos, y la habilitación física vendrá posteriormente, gracias a la presión que los nuevos propietarios ejercerán sobre las autoridades municipales. Esto no es necesariamente cierto, como lo ha demostrado la experiencia llevada a cabo en el Municipio Libertador de Caracas, así como en la experiencia peruana que veremos a continuación y algunas experiencias en El Salvador, por solo citar algunas.

Por el contrario, otra posibilidad es iniciar con el proceso de habilitación física, porque ello estimulará a los ocupantes a apoyar la transferencia de derechos.

La tercera posibilidad, la cual compartimos, es llevar a cabo ambos procesos paralelamente: transferencia y habilitación, conjuntamente, con lo cual habrá un interés doble de los ocupantes en la realización del proceso de transferencia y en la habilitación.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DEL OCUPANTE CON LA TIERRA EN LAS ZONAS URBANAS. LA VIVIENDA COMO DERECHO

Resulta ahora importante analizar la naturaleza jurídica de la relación del ocupante de la tierra en zonas urbanas, para luego revisar qué tipo de derechos pueden transferirse.

En los países pertenecientes al sistema de Derecho Civil como el nuestro, desde el punto de vista jurídico, la relación del ocupante con la tierra en las zonas urbanas se limita a una relación de hecho que, puede llegar a convertirse en relación de derecho sólo

si se dan los supuestos que establece el Código Civil para que opere la prescripción, para lo cual, dados estos supuestos, deberá intentarse una acción mero declarativa de prescripción, para convertir esta situación de hecho en una situación de derecho, en este caso, en un derecho de propiedad.

Pero mientras eso no sucede, y no sucede en la mayor parte de los casos, debemos plantearnos cuál es la situación jurídica de quienes habitan en estos terrenos ocupados.

Otra vez desde el punto de vista de los países de Derecho Civil, el principio es que, mientras no haya la declaración de un juez, el ocupante no tiene derecho formal alguno sobre la tierra, aún cuando si puede tenerlo sobre las bienhechurías construidas sobre ésta, aplicando las normas que regulan la construcción sobre terreno ajeno contenidas en el Código Civil venezolano en su artículo 557.

Ahora bien, ello no implica que tal situación constituya un dato de la realidad que el Derecho deba admitir sin remedio, pero establecer relaciones distintas no es fácil porque en la práctica en estos asentamientos irregulares se presentan innumerables formas de relación, que constituyen un elenco interminable de casos en los cuales puede suceder que coincidan, por ejemplo, varios ocupantes sobre un mismo terreno, quienes son titulares de derechos de diverso contenido y de distinta naturaleza y categoría; puede tratarse de un ocupante que construye unas bienhechurías en terreno ajeno que le es arrendado por un tercero, que luego son vendidas a otro tercero, quien a su vez arrienda parte de dicha construcción y ocupa la otra y el arrendatario puede a su vez subarrendar todo o parte de la porción arrendada. Otro ejemplo: puede existir una servidumbre de paso de hecho, como se da cuando para ingresar a una casa es necesario atravesar otra, o cuando varias casas tienen un acceso subterráneo común ubicado en un terreno que tampoco les pertenece, situación que también se da. Otro caso es la construcción de una casa sobre pilotes en una ladera, y un tercero construye en el hueco que los pilotes dejan en la parte inferior de la casa. Y éstos son los casos más sencillos; hay muchos otros que no encontrarían cabida en las formas jurídicas del Derecho formal

Cuando se trata de una relación informal entre el ocupante y el terreno solo podemos considerar que la tenencia es la manera fáctica como se relaciona el ocupante con la tierra, mientras que documentos de las Naciones Unidas requieren de un elemento formal que a veces se da y a veces no, el cual se acerca mucho al concepto de propiedad formal. Es así como documentos de las Naciones Unidas requieren de una tenencia segura (*secure tenure*), la cual definen como una relación entre una persona o grupo de personas con un terreno y unas bienhechurías construidas en él, reguladas por un marco legal y administrativo⁴.

Nótese que el criterio que presenta el documento de las Naciones Unidas citado tiene un calificativo fundamental en relación con la simple ocupación de la tierra: se trata de una tenencia segura, en el sentido de que está protegida por el Derecho y puede ser defendida ante los tribunales, aún cuando puede ser afectada de diferentes manera, dependiendo del marco legal, cultural, normativo y, en cierta medida, de las preferencias individuales.

4 United Nations Center for Human Settlements: Role of local authorities, other partners relevant United Nations organizations and agencies in the review and appraisal processes. HS/C/PC.1/CRP.8; 29 March 2000, p. 3: "...an agreement involving an individual or group to land and residential property, which is governed and regulated by a legal and administrative framework".

Dentro de este mismo razonamiento, el calificativo de segura que contiene el documento de las Naciones Unidas que comentamos, trae consigo una protección contra la posibilidad de ser desalojado en contra de la voluntad del ocupante, salvo casos excepcionales como el encontrarse en una zona de alto riesgo, pero siempre previo procedimiento legal.⁵ Habría que agregar una posibilidad que se aplica a todo tipo de derechos, incluso al de propiedad, que es la expropiación por causas de utilidad pública, la cual puede darse incluso cuando se trata de derechos distintos al derecho de propiedad.

Cabe preguntarse entonces cuáles otros derechos amparan al ocupante además del de permanencia. Sin duda tiene la potestad de usar y gozar del terreno y las bienhechurías en cuestión; ahora, tendrá también derecho a disponer de las mismas? Si la respuesta es afirmativa, como consideramos, nos encontramos ante una situación jurídica que se acerca bastante al derecho de propiedad salvo en su origen: en la ocupación la relación con la tierra surge en una situación de hecho, mientras que en la propiedad nos encontramos ante una situación de derecho que se origina en un acto jurídico.

Por otra parte, generalmente se consiguen en un mismo país, e incluso en un mismo barrio, sistemas de tenencia diversos, en ocasiones con sutiles diferencias que sólo pueden ser apreciadas por quienes viven esas situaciones.

Visto todo lo anterior, cabe ahora determinar la naturaleza jurídica de los derechos que se otorgarán a los ocupantes de los terrenos urbanos: es la transferencia de propiedad la única solución? o existen otras posibilidades?

1. Transferencia de derecho de propiedad sobre terrenos urbanos ocupados

A. Hernando de Soto y la experiencia peruana

Es muy interesante la visión que tienen autores como Hernando de Soto⁶ sobre el tema que nos ocupa, quien centra su planteamiento alrededor de la transferencia del derecho de propiedad a los ocupantes de terrenos urbanos.

Basado en este criterio, en el Perú se ha hecho una muy importante reforma del sistema registral, mediante la Ley del Registro de la Propiedad Predial,⁷ modificada en 1988 con el nombre de Registro de la Propiedad Predial Urbana⁸, separado del Registro de la Propiedad Inmueble. Por otra parte, mediante la Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal, la cual crea la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), como “organismo rector y máximo encargado de diseñar y ejecutar de manera integral, comprehensiva y rápida un Programa de Formalización de la Propiedad y de su mantenimiento a nivel nacional, centralizando las competencias y toma de decisiones a este respecto” (Artículo 2), para lo cual “identificará y reconocerá las diversas formas de posesión, ocupación, tenencia y titularidad de terrenos con fines urbanos que requieran de la formalización de la propiedad a favor de sus ocupantes” (Artículo 3. a.1)

5 United Nations, *loc. cit.*, p. 4

6 DE SOTO, Hernando, *El misterio del capital*, Empresa Editora El Comercio, S.A., Lima, Perú, año 2000.

7 Perú: Ley de Promoción del acceso a la propiedad formal, 28 de diciembre de 1998.

8 KAGAWA, Ayazo and TURKSTRA, Jan, *The process of urban land tenure formalization in Perú*, en Land, Rights & Innovations, Ed. Geoffrey Payne antes citado, pp. 57 a 75. Esta Ley fue modificada en 1988 por la Ley 27046 Complementaria de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal.

De la lectura de este artículo y del resto de la ley se evidencia que la misma establece como objetivo último el otorgamiento del derecho de propiedad sobre la tierra ocupada; ni siquiera se plantea la posibilidad de otorgamiento de otros derechos distintos.

Establece la misma Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal, que la COFOPRI podrá declarar la prescripción adquisitiva y regular el tracto sucesivo mediante procedimientos y declaraciones masivos” (Artículo 3.a.2.5.) De la redacción de este artículo se evidencia que la COFOPRI, que es un órgano administrativo, tiene competencias jurisdiccionales al tener capacidad para declarar la prescripción, lo cual elimina uno de los mayores obstáculos a la regularización de la tenencia de la tierra mediante el otorgamiento del derecho de propiedad de los terrenos urbanos ocupados. Sin embargo, debemos ser cuidadosos y, en su caso, regular debidamente una norma como ésta, porque no tiene mucho sentido que, por querer resolver la cuestión de la propiedad de las tierras urbanas ocupadas, creemos un caos en el derecho de propiedad consagrado en todas las Constituciones.

Además, siempre según la Ley que analizamos, la COFOPRI asume la titularidad de los terrenos estatales, fiscales y municipales ocupados por pobladores de cualquier modalidad de posesión, ocupación o titularidad (Artículo 12). Al respecto cabe destacar que el legislador peruano asumió abiertamente no solo la centralización de las competencias en cabeza del Poder Nacional, sino que además sería interesante saber cómo habrán resuelto las autoridades legislativas o las judiciales peruanas, según haya sido el caso, esta privación de la titularidad sobre los terrenos ocupados pertenecientes a autoridades distintas a las nacionales. Ciertamente todas son de carácter público, pero a fin de cuentas son personas jurídicas distintas entre sí, cada una con su respectivo patrimonio que, desde el punto de vista jurídico queda disminuido al ser privado de la titularidad de los terrenos ocupados que pasarán al patrimonio de la COFOPRI, para su posterior transferencia a los ocupantes.

Por último, la Ley que analizamos establece además un Sistema Arbitral Especial de la Propiedad para la solución de conflictos que se presenten con motivo de la aplicación de la Ley que analizamos. (Artículo 16).

Resulta muy interesante el Reglamento de Inscripciones del Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares⁹, el cual considera registrables, entre otros, el derecho de posesión de lotes de terreno y la propiedad de la edificación sobre los mismos, además del derecho de posesión de lotes no construidos (artículo 27, 1 b) y 1 c), lo cual es un avance importante en la materia, porque introduce un cambio fundamental en el régimen registral, ya que la prueba de los derechos que pudieren ostentar los ocupantes de la tierra urbana a los fines de solicitar se declare la prescripción es uno de los mayores obstáculos que presenta la regularización de los mismos.

Mediante la reforma antes mencionada, en el Perú se creó un Registro de la Propiedad Predial Urbana al cual nos hemos referido, que contiene los títulos que surgen de la regularización de la tenencia de los terrenos urbanos, separado del Registro de la Propiedad Inmobiliaria que es el registro general de la propiedad, con un régimen especial el primero.

⁹ Perú: Reglamento de Inscripciones en el Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 001- 90-VC del 18 de enero de 1990.

Sin embargo, hoy día se considera que es insostenible la existencia de registros inmobiliarios paralelos, por lo que deben ser unidos¹⁰, lo cual no parece sencillo, porque cada uno de ellos ha nacido bajo regulaciones muy distintas.

Al analizar las normas contenidas en las leyes peruanas examinadas se evidencia que, si queremos en Venezuela un sistema registral similar al peruano que permita formalizar la situación de hecho en la que se encuentran las viviendas de los barrios y las personas que las ocupan de manera más o menos expedita, se hace necesario establecer un régimen legal más ágil que el actual, para lo cual, evidentemente, es necesaria una ley formal, a lo cual nos referiremos en el siguiente punto de este estudio, bien que modifique la regulación actual y establezca un adecuado sistema de registro para dar a todo el sistema registral seguridad y confianza, o bien como en el Perú, donde se estableció un registro especial para los terrenos urbanos ocupados.

La posición de Hernando de Soto tiene un fundamento irrefutable. Considera este autor que el derecho de propiedad sobre el terreno permite a su titular entrar en el mercado crediticio, lo que a su vez tiene una importante consecuencia en la seguridad económica de los involucrados e incide de manera importante en el desarrollo del país. Este es el criterio alrededor del cual gira su libro *Los Misterios del Capital* antes citado.

B. Qué ha sucedido en Bolivia?¹¹

En Bolivia ha resultado difícil plantear a los ocupantes de terrenos urbanos la transferencia de derechos distintos al de propiedad, debido a razones culturales, tales como la convicción de que sólo el derecho de propiedad es debidamente protegido por la ley, y es el único que garantiza a los ocupantes que no serán desalojados de los terrenos que ocupan.

Sin embargo, registrar la propiedad transferida resultaba imposible en la gran mayoría de casos, dado que la gran mayoría de las viviendas construidas sobre terrenos urbanos ocupados no respondían a las normas municipales de construcción. Para resolver este escollo, excepcionalmente se permitió el registro de títulos sobre dicho terreno aún cuando las construcciones no cumplieran con tales normas, siempre que hubieran sido construidas antes de la fecha de iniciación del programa.

2. Opciones alternativas

Por diversas razones, con frecuencia resulta bastante difícil lograr la transferencia de la propiedad de tierras urbanas ocupadas, y otras veces no resulta aconsejable. Por esta razón es interesante examinar qué mecanismos se han utilizado para paliar este inconveniente.

10 KAGAWA, Ayazo and TURKSTRA, Jan, *loc.cit.*, p. 69

11 FARFAN ESPINOZA, Fabián, *Bolivia's land tenure experience in Land, rights & innovation* antes citado, p.181 ss.

A. Otra vez Bolivia

Aún cuando no supone la transferencia de un derecho con vocación de permanencia, para resolver el problema de la falta de vivienda de las clases más pobres, se utilizaron en Bolivia también otros contratos tales como el contrato anticrético o de anticresis el cual, no correspondiendo exactamente con el contrato del mismo nombre contenido en los artículos 1855 y siguientes del Código Civil venezolano, consiste en un acuerdo entre dos partes en las que una de ellas, el propietario del inmueble recibe una cantidad de dinero por permitir a la otra parte el uso del mismo por un período de tiempo determinado, concluido el cual el propietario recupera el inmueble y el ocupante recupera su dinero, incluyéndose además otras obligaciones y derechos. Si bien este contrato no resuelve el problema de la transferencia permanente de un derecho en cabeza del ocupante, sí contribuye a aportar soluciones a los problemas de carestía de viviendas, porque, al menos en la experiencia boliviana, ha demostrado que la utilización de este tipo de contratos ha permitido a personas de bajos recursos reunir dinero durante la vigencia de la anticresis, para luego adquirir una vivienda, sin verse en la necesidad de vivir en condiciones paupérrimas mientras lo logran.¹²

B. Brasil¹³

También Brasil, seguramente por razones similares a las existentes en Venezuela y en la mayor parte de los países en vías de desarrollo, tiene iguales problemas de ocupación ilegal de tierras urbanas, con consecuencias parecidas a las de los demás países latinoamericanos.

Y también al igual que en otros países latinoamericanos, a pesar de otras figuras consagradas en el Código Civil brasileño, tales como los contratos de enfiteusis, habitación y contrato de uso, que también encontramos en el Código Civil Venezolano, el criterio generalizado es que sólo la transferencia de derechos de propiedad dan garantía de no ser desalojado de la tierra que se ocupa. Este criterio es mantenido tanto por los ocupantes como por las autoridades públicas, y por organizaciones privadas que apoyan estos procesos.

Pero esto no ha impedido el surgimiento de nuevas formas jurídicas para resolver los problemas, como las concesiones de un derecho real de uso¹⁴ en terrenos del dominio privado de personas públicas, figuras ampliamente utilizadas, inicialmente, en Porto Alegre y Recife.

Una de las características más importantes de esta figura es que el derecho que se concede es un derecho real de uso de un bien del dominio privado perteneciente a una persona pública, el cual es registrable y oponible a terceros, sin que implique transferencia de la propiedad. No se trata de un simple permiso que otorga un derecho precario revocable discrecionalmente por la autoridad pública, sino una concesión sólo revocable en casos extremos que deben ser expresamente establecidos.

12 FARFRÁN ESPINOSA, Fabián, *loc. cit.*

13 FERNANDES, Edesio, *Combining tenure policies, urban planning and city management in Brazil*, en Land, rights & innovations, *cit. supra.* pp. 209 ss.

14 FERNANDES, Edesio, *loc. cit.*, pp. 215 ss.

En algunos municipios, se trata de derechos que pueden ser transferidos a los herederos y que pueden ser cedidos por actos entre vivos bajo ciertas condiciones contenidas en el contrato, y usados como garantía bancaria, especialmente para obtener microcréditos.

Estos lineamientos generales han sido tratados de manera diversa por los municipios que los han adoptado. Uno de los elementos que mas ha variado es la posibilidad de ser transferidos por actos entre vivos: algunos municipios han prohibido tal transferencia, mientras que otros lo sujetan a una serie de condiciones más o menos estrictas según los casos.

Otro punto importante es la duración del contrato, respecto del cual también ha habido variación entre los distintos municipios, oscilando entre cinco y cincuenta años. Evidentemente mientras más largo el período de vigencia mayor seguridad tiene el concesionario y aumenta la posibilidad de ser aceptado por los bancos como garantía

Tratándose de una fórmula novedosa, su diseño -legislativo o contractual- debe ser muy preciso en el establecimiento de cláusulas que garanticen los derechos que se crean a favor de los ocupantes y su utilización deberá estar precedida por intensas campañas educativas que expliquen sus bondades.

Este tipo de contratos tiene varias ventajas. En cuanto al concesionario, éste adquiere el derecho ocupar legalmente un terreno urbano del dominio privado de una persona pública, mecanismo que legaliza su situación mediante el otorgamiento de un derecho real derivado de la concesión, con una vigencia mas o menos larga según la decisión de la autoridad concedente, con la seguridad que da el registro del derecho real derivado de la concesión, el cual será oponible a terceros y también a la autoridad pública que no podrá desalojarlo sino por las causas taxativamente establecidas con anterioridad.

Para la Administración titular del derecho sobre el terreno invadido, esta fórmula tiene la ventaja de no desprenderse del mismo, lo que le permite mantener el control acerca de la disponibilidad del bien según se decida, para asegurar que el otorgamiento de este tipo de contratos no dé origen a abusos por parte de personas inescrupulosas que convierten el asunto en un negocio y venden los terrenos transferidos para invadir otros, donde pretenden que se repita la operación.

Un tema interesante es la posibilidad de que tales concesiones se otorguen, no a una persona individual, sino a una comunidad, la cual tendría a su cargo, a través una Junta de Vecinos, la administración de los terrenos recibidos, incluyendo las áreas públicas de cuyo mantenimiento se responsabilizaría, y las cuales, según nuestro criterio antes expuesto, habrá sido objeto de un proceso de habilitación física. En este caso la ventaja viene dada por el control que la misma comunidad ejerce en el uso de los terrenos públicos concedidos, incluyendo la conservación de las áreas públicas.

Analizada esta figura en relación con bienes del dominio privado de personas públicas, queda ahora por examinar si esta figura puede ser aplicada a bienes del dominio público mediante una concesión de uso, la cual evidentemente otorgaría un derecho excluyente de terceros.

Desde un comienzo resulta difícil admitir esta posibilidad, dada la naturaleza misma de dichos bienes. Recuérdese que, al menos según nuestro Código Civil, y ello es similar en casi todos los regímenes de bienes públicos, son bienes del dominio público “los caminos, lagos, los ríos, las murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes”. De estos bienes, algunos son de uso público y otros de uso privativo de las personas públicas a las cuales pertenecen.

La naturaleza de estos bienes del dominio público de uso público no admite la posibilidad de su uso privativo por parte de un particular, salvo algunos casos en los cuales ello no perturba su utilización pública como, por ejemplo, la utilización de las aceras para establecer pequeños comercios, previa obtención de una concesión de uso de un bien del dominio público, pero la cual otorga un derecho mucho más precario que el que hemos analizado en el caso brasileño de la concesión de un derecho real de uso.

El planteamiento anterior nos lleva a considerar que los bienes del dominio público no son susceptibles de la concesión de un derecho real de uso a la cual nos hemos referido, sobre todo por ser bienes fuera de comercio cuya naturaleza y función a la cual están destinados impide su uso exclusivo por un particular.

V. EN VENEZUELA ES NECESARIA UNA LEY?

En la normativa venezolana vigente no existe una ley que desarrolle la norma constitucional que consagra el derecho a la vivienda, y con ello la transferencia de titularidad de los terrenos ocupados. Sí existen diversas leyes aplicables a la materia, pero no constituyen un todo orgánico.

Ahora bien, podemos acaso afirmar que requerimos tal ley? Debemos tener presente que cuando se piensa en redactar una ley, lo primero que debemos preguntarnos es si es necesaria esa ley, para luego determinar si la ley que hemos redactado permite resolver los problemas que se plantean, o los mismos pueden ser resueltos mediante actos normativos de menor rango.

Esto nos lleva a revisar algunas materias que consideramos requieren ser reguladas por normas de rango legal para cimentar una adecuada acción del Estado. Veamos.

1. Política nacional de transferencia de derechos y de habilitación física de barrios

Para revertir la situación que presentan los barrios, es necesario el establecimiento de principios generales que guíen la actuación de las autoridades públicas sobre la materia, para ordenarlas coherentemente, aún aceptando las diferencias que existen de un barrio a otro.

Es cierto que en nuestro país, desde un punto de vista teórico, es posible la transferencia de derechos sobre tierras urbanas ocupadas, bien que su titular sea una persona pública o privada, si se dan algunas condiciones: entre ellas la identificación clara e inequívoca del propietario de los derechos a transferir, lo cual no siempre es fácil.

Sin embargo, es necesario establecer lineamientos generales que guíen la actuación de los diversos organismos involucrados pertenecientes a distintos niveles de poder, y la necesaria coordinación entre ellos, entre otros aspectos de la política que deberá aplicarse. Debe además incluirse la relación entre la política de vivienda y la transferencia de derechos sobre terrenos ocupados para que no resurjan nuevas invasiones una vez transferidos los derechos sobre las actuales ocupaciones; además es conveniente plantearse la gratuidad u onerosidad de dichas transferencias y sus posibles modalidades, debe decidirse lo referente a la necesaria relación entre transferencia de derechos y habilitación física para establecer una posición aplicable a todo el país, debe determinarse además el origen de los fondos que financiarán esta actuación pública.

Una materia que consideramos de gran interés dentro de la política de transferencia de la tierra urbana y la habilitación física es la consagración legal de la participación de la comunidad en la toma de las diversas decisiones requeridas para llevar a cabo ambos procesos, para asegurar que las soluciones que se aplican están realmente orientadas a satisfacer las necesidades de la comunidad y no son soluciones teóricas diseñadas por alguna persona desde su escritorio sin conocer la situación en cada caso.

Esta participación de la comunidad debe ser apoyada por la autoridad competente y debe además diseñarse importantes mecanismos de formación de dirigentes vecinales para que la misma sea productiva.

2. Derecho a la transferencia de un título sobre la tierra ocupada

Ciertamente la ocupación de terrenos ajenos no es una forma consagrada por la ley para adquirir derechos sobre ellos, pero debe ser política de Estado asumir su responsabilidad en la situación que nos ocupa, sin considerarlo como una dádiva del gobierno de turno, sino como un derecho jurídicamente exigible por parte de aquéllos que han sido víctimas de la negligencia de las autoridades a quienes corresponde la solución de estos problemas, teniendo como objetivo último que cada habitante del país disponga de una vivienda digna, con todo lo subjetivo de este término, como un derecho que los particulares pueden exigir del Estado, tal como establece la Constitución venezolana en el artículo 82 varias veces citado.

Para que este derecho sea efectivo, debemos diseñar los mecanismos jurídicos para hacerlo exigible, además de los mecanismos de presión que siempre pueden ejercer las comunidades, diseñando vías administrativas que permitan hacer efectivo este derecho, sin olvidar la posibilidad de un recurso en carencia por falta de actuación debida de la Administración, o un recurso de amparo.

Una de las críticas que se hacen a este planteamiento es que estimula la invasión de terrenos ajenos, o la condición de invasores profesionales que venden los terrenos transferidos, para luego invadir otros y así sucesivamente.

Esto puede evitarse si se establecen parámetros adecuados, ya que hay algunas medidas que se pueden tomar. Una de ellas es la creación de un registro nacional de beneficiarios de la política de transferencia, que permitiría identificar a quienes pretendan obtener una transferencia de derechos por segunda vez.

Otra posibilidad es la de no transferir derechos de manera individual sino colectiva, y encargar a la comunidad de identificar a quienes, habiendo recibido un derecho lo transfieren a un tercero y pretenden obtener uno nuevo.

Pero además, hay un dato de la realidad que nos permite insistir en que no es necesariamente cierto que estos procesos de regularización de la tenencia de los terrenos urbanos y la habilitación física del entorno estimulen las invasiones, porque la realidad nos ha demostrado que solo el inicio de estos procedimientos es suficiente para que los mismo ocupantes se conviertan en guardianes para evitar nuevas invasiones que degraden el entorno y dificulten la transferencia de derechos.

Trascendental para hacer efectiva la transferencia de derechos sobre terrenos invadidos, tanto por sus consecuencias como por las materias a las cuales se refiere es la regulación del instituto de la prescripción en los términos que hemos analizado.

Ciertamente no es fácil, pero tampoco imposible. Uno de los problemas más complicados de la cuestión que revisamos es demostrar el tiempo de ocupación, justamente para evitar las invasiones apresuradas una vez que se conozca la decisión de iniciar dicho proceso de regularización y de habilitación. A tal efecto, una posibilidad es darle valor probatorio a las fotografías aéreas, con lo cual se demostrará por lo menos la existencia de la edificación para una fecha determinada. Una vez hecho esto, si fuere necesario, la identificación del ocupante podría demostrarse con una certificación de la asociación de vecinos del lugar más un número determinado de testigos. Toda esta actuación debería hacerse ante la autoridad administrativa que, mal que bien, es menos lenta que las autoridades judiciales.

También las normas relativas a la posesión requieren de adecuación para la solución de los problemas que enfrentamos en relación con los procesos de transferencia de derechos. Las disposiciones que hoy día recoge el Derecho formal son demasiado engorrosas y costosas para ser aplicadas a la cuestión que nos ocupa, tal como lo demuestra el hecho de que sabemos la acción mero declarativa de posesión no ha sido utilizada para la regularización de la propiedad de los terrenos urbanos invadidos.

Pero no solo eso, sino que los plazos de prescripción son muy largos. La prescripción extintiva es una sanción a la negligencia del propietario que no se ha mostrado vigilante de su derecho. A fin de facilitar la regularización de derechos sobre terrenos urbanos ocupados, una de las propuestas de la legislación peruana es el reconocimiento de la posesión de manera temporal y si transcurrido un período de tiempo no muy largo sin oposición del presunto propietario, esta posesión se transforma en propiedad.

Relacionado con el punto anterior está otro elemento fundamental relacionado con el registro de los derechos que se transfieren.

Hemos analizado las necesidades legales para alcanzar el objetivo que nos ocupa, pero debemos también referirnos a las medidas que asegurarán la opinabilidad de los derechos transferidos ante terceros. Se trata del registro de tales derechos, el cual se debe concebir, no como inconvenientes para el objetivo que perseguimos, sino un apoyo.

Debemos entonces diseñar una regulación que facilite la consagración de los derechos transferido. Por ejemplo, podemos incluir un criterio que se aplica en diversos países, según el cual inicialmente se reconoce la prescripción de manera temporal y ese derecho es registrado para hacerlo oponible, para luego, transcurrido el plazo que se establezca, que debe ser breve, se otorgue -y registre- el título definitivo.

Por último, hay un punto determinante: la transferencia de derechos sobre terrenos urbanos ocupados debe hacerse sin perjuicio de los legítimos derechos de los propietarios de esos terrenos, cuando ello sea procedente de acuerdo con las leyes.

3. Autoridad competente

Un elemento que hace necesaria una ley en la materia que nos ocupa es la determinación de la autoridad competente para llevar a cabo estas actuaciones, competencia que hoy día no corresponde de manera clara a ninguna autoridad, a pesar de lo cual se han producidos procesos de transferencia de derechos sobre tierra urbana, pero no sin dificultades.

Podría pensarse que la competencia debería otorgarse a nivel local, por estar estas autoridades mas cerca del ciudadano, lo que le permite conocer mejor sus necesidades, dadas las dificultades de determinar y satisfacer desde la Administración Central las necesidades de vivienda hasta el último pueblo.

Por el contrario, no deja de tener sentido el criterio según el cual debe ser el Poder Nacional el que asuma la competencia en esta materia, dada la complejidad de la solución y los enormes costos que usualmente supone la ejecución de los planes de regularización de la propiedad de la tierra urbana.

A nuestro juicio, lo adecuado es distribuir la competencia entre los distintos niveles de poder, dada las actividades involucradas.

Por una parte se requiere de la participación de las autoridades locales, no solo para la ejecución de la habilitación física del entorno, lo cual es competencia municipal, sino también por la razón anotada de estar las autoridades municipales más cerca del individuo, lo que facilita conocer los problemas.

En cuanto al Poder Nacional, su participación aparece como necesaria dada la tierra se convierta en una política nacional, para lo cual deberemos examinar.

Por otro lado, si bien es cierto que en los pequeños municipios alejados de los centros de poder se dificulta obtener la atención del Poder Nacional, también es cierto que, por esas mismas razones de ser pequeños y alejados de los centros de poder, estas autoridades locales usualmente carecen de las posibilidades técnicas y económicas para llevar adelante estos programas, casos en los cuales deberían recibir el apoyo del Poder Nacional, o incluso podría este último asumir la ejecución de la política de transferencia de derechos sobre las tierra ocupadas. También podría admitirse que las competencias nacionales puedan ser delegadas en municipios bien dotados económica y técnicamente.

Además, el carácter nacional de la competencia de un registro de las propiedades transferidas permitiría el establecimiento a ejercer el control necesario lo cual haría posible evitar el estímulo a las invasiones y a los invasores profesionales.

Así, podría tratarse de competencias compartidas entre ambos niveles de poder: una autoridad nacional que establezca las políticas, vigile su ejecución, además de ejecutarla ella misma cuando por cualquier motivo las autoridades locales no cumplan con su deber, además de la posibilidad de delegar algunas de dichas competencias en los Municipios cuando éstos estén en capacidad de cumplir con ellas. Además, serán estas mismas autoridades locales las encargadas de la elaboración y puesta en práctica del Plan Especial al cual se refiere la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística en su artículo 49 y de la habilitación física del barrio.

Sin que se considere que esta experiencia será necesariamente igual en cualquier país en el que se aplique, es interesante conocer que en el Perú, experiencia a la cual nos hemos referido, se concentraron todas las competencias para la regularización de la titularidad en una autoridad nacional, transfiriendo incluso a esa autoridad los terrenos municipales invadidos como ya hemos explicado. Ha habido mucha crítica al respecto desde ambos bandos: los municipios y el Poder Nacional. Sin embargo, el régimen vigente parece haber dado resultados ya que, según se afirma, se han otorgado cerca de un millón de títulos de propiedad¹⁵. Sin embargo, este proyecto ha tenido una grave carencia, pues se limitó a la transferencia de propiedad y no se ocupó de la habilitación física, bajo el argumento de que de lograrse lo primero, lo segundo vendría solo, y no fue así. Esto abunda en nuestro criterio de exigir que ambos procesos sean paralelos.

15 KAGAWA, Ayazo and TURKSTRA, Jan, *loc. cit.*, p. 58

4. Sí es necesaria una ley

Los argumentos presentados no son exhaustivos, pero sí son determinantes. Las materias que hemos discutido en este capítulo evidencian que, aún cuando han podido llevarse a cabo procesos de transferencia de derechos de diversa naturaleza en los barrios sin que exista una ley, ello sólo ha sido posible cuando se han dado una serie de circunstancias especiales. Esta situación impide que se lleve a cabo una política nacional que realmente ponga fin al problema.

Como ejemplo, mencionaremos algunos casos. Cuando se trata de terrenos cuya titularidad corresponde a la persona que desea llevar a cabo la transferencia, la solución es sencilla, como se demostró en el caso del Municipio Chacao del Distrito Capital de Caracas, porque los pocos barrios que en él se encuentran están ubicados en terrenos que fueron entregados por los urbanizadores al Municipio cuando se construyeron las distintas urbanizaciones que allí se encuentran. Queda por ver, aún cuando no se ha planteado en la práctica, si el otorgamiento de derechos sobre esos terrenos cumple con los objetivos para los cuales las normas jurídicas aplicables los reservan. En el caso de Maracaibo también fue relativamente sencilla la situación, porque buena parte de los terrenos invadidos eran ejidos.

Distinta ha sido la situación en el Municipio Baruta del mismo Distrito Capital. En algunos barrios que nacieron sobre terrenos ejidos, se llevaron a cabo procesos de transferencia de la tenencia de los terrenos a favor de los ocupantes, pero en otros, como el barrio Ojo de Agua, fue infructuoso el intento de lograrlo, ya que este se encuentra en terrenos de propiedad privada, donde se dan situaciones tan complejas como la existencia de doble y hasta triple cadena titulativa sobre un mismo terreno en algunos casos o terrenos respecto de los cuales vendedores inescrupulosos se han dado a la tarea de vender a los ocupantes terrenos que no les pertenecen, o la existencia de una comunidad hereditaria en la que ha sido imposible poner de acuerdo a sus miembros para tomar una decisión.

VI. CONCLUSIONES

1. La ocupación de la tierra urbana por parte de personas distintas a sus propietarios es, evidentemente, una actuación ajena al Derecho formal, por lo que su regularización difícilmente puede estar regida por las normas jurídicas concebidas para regular situaciones jurídicas “normales” en relación con el Derecho.

2. En varias oportunidades hemos utilizado la expresión “no es fácil pero tampoco imposible”, ya que la regularización de la tenencia de los terrenos urbanos ocupados es una situación que contraría principios tradicionales del Derecho, como lo es la protección del derecho de propiedad, por lo que debe tenerse muy presente la protección de los derechos adquiridos de terceros, es decir de los propietarios de dichos terrenos, de acuerdo con lo establecido en las leyes.

Sin embargo, debemos tener presente que se trata de una realidad mas que de un problema, que, si bien no es nuevo desde el punto de vista social, sí lo es desde el punto de vista de su tratamiento político y jurídico y supone la modificación de instituciones jurídicas fundamentales como, por ejemplo, la prescripción y las formalidades que rodean el régimen registral. En todo caso debemos plantearnos que mas que situaciones que violan

las normas jurídicas creadas de acuerdo con el ordenamiento constitucional vigente, que debe ser respetado, nos encontramos ante un derecho paralelo que ha surgido, entre otras razones por la negligencia en asumir esta situación .

Pero incluso desde el punto de vista social, es necesario admitir su existencia, lo cual no siempre sucede, y entendiendo que su solución no solo beneficia a quienes reciben los títulos sino también a toda la ciudad.

Incluso, los propietarios de inmuebles invadidos también pueden beneficiarse, aun cuando sea de manera relativa: es evidente que, al ser invadido, cualquier terreno disminuye dramáticamente su valor, y sigue disminuyendo a medida que pasa el tiempo y se consolida el barrio. Llegados aquí, cualquier cantidad de dinero que reciba el propietario representa una ganancia. En Caracas ha habido más de un caso de propietarios de terrenos invadidos que han pedido el apoyo de autoridades municipales para llevar a cabo el proceso de regularización de la tenencia de la tierra urbana ocupada

3. Debe tenerse presente que, aún cuando el centro de atención en estos procedimientos son las personas que han ocupado terrenos ajenos en áreas urbanas, los procedimientos que se lleven a cabo deben proteger derechos legítimos de terceros en los términos reconocidos por la legislación aplicable.

Así, los procesos de transferencia de derechos sobre terrenos urbanos deben ser una actividad pública orientada a revertir una situación indeseable para quienes viven en ella y para toda la ciudad, pero no debe ser permanente. Es decir, una vez ejecutado un plan masivo de transferencia de derechos sobre los terrenos ocupados, el Estado debe orientar su actividad a impedir que puedan presentarse nuevas invasiones, para lo cual debe usar, entre otras, dos herramientas: por una parte es necesario implantar y ejecutar un severo programa de control y vigilancia para impedir nuevas invasiones, acompañado de las correspondientes sanciones, porque, al existir suficiente oferta de viviendas ya no se justifican las invasiones; pero para que esto sea realmente efectivo, debe asumir una agresiva política de construcción de viviendas, para dar cumplimiento a las obligaciones que surgen para el Estado del artículo 82 constitucional tantas veces aludido, que tengan todas las características que en él se establecen al consagrar el derecho a la vivienda, incluyendo la oferta de servicios públicos y en entorno adecuado, ambos producto de la habilitación física.

4. En la articulación de la política de transferencia de derechos sobre la tierra urbana ocupada, debemos tener en cuenta las distintas posibilidades que hemos mencionado además del derecho de propiedad y otras que pueden surgir durante el análisis de cada caso particular. Pero ello debe ser acompañado, no solo de una adecuada política de habilitación física, como hemos planteado, sino también de la incorporación de los habitantes de estas zonas a la ciudad, estimular su sensación de pertenencia, no solo al barrio, sino además a la ciudad, estimulando su condición de ciudadano.

§28. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE RESCATE DE TIERRAS REGULADO EN LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO*

Alberto Baumeister Toledo

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
Individuo de Número de la Academia de
Ciencias Políticas y Sociales

I. BREVE INTRODUCCIÓN

Con la publicación del Decreto Ley de Tierras y Desarrollo Agrario¹ y dentro de las celebres leyes llamadas Habilitadas del gobierno presidido por el Señor Hugo Chávez Frías, se introdujo en Venezuela un nuevo ordenamiento sobre la materia relacionada con la recuperación de tierras pertenecientes a la Nación, Los Estados y Municipio, con vocación agraria, derogando así las normas que sobre tal materia existían en la Ley de Tierras Baldías y Ejidos, y en la de Procuraduría General de la República e inclusive las de la Ley Orgánica del Poder Municipal.

La materia venía tratada en los artículos 86 al 100 del DLTDA, que luego se modificaron con ocasión de la nueva promulgación de dicha Ley por la Asamblea Nacional, (reforma parcial del articulado) llevada a cabo fundamentalmente con ocasión de pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia² que declaró con lugar la nulidad de algunos de los artículos de aquella normativa, impugnados ante ese Tribunal³, y hoy se lo regula en los artículos 82 al 96 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario⁴.

Como su nombre lo indica y los efectos y fines del procedimiento pautado así lo permiten apreciar, dicho procedimiento tiene por objeto el rescate o recuperación de tierras, para que las mismas, que se encuentran en manos de terceros particulares, ilícita o ilegalmente, vuelvan a ingresar al patrimonio y manejo de la Nación, institutos autóno-

* Estudio especial preparado para la *Revista de Derecho Público* de la Editorial Jurídica Venezolana con ocasión de la edición número cien de dicha publicación, Octubre 2005.

1 *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* (en lo adelante *G.O.*) 37323 del 13 de noviembre del 2001. Dicha normativa en lo sucesivo la identificaremos como DLTDA.

2 Sentencia de la Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (en lo sucesivo Tsj) de fecha 20-11-02. Véase en la página Web del Tsj.

3 Entre los que se encontraban los artículos 89 y 90, relacionados al procedimiento de Rescate, y de contenido especialmente polémico en tanto desconocían materialmente el derecho de propiedad y con ello también el de la justa indemnización por la pérdida y destrucción de mejoras y bienhechurías a pisatarios y poseedores aún de buena fe.

4 *G.O.* Extraordinaria 5.711 del 18 de mayo del 2005. En lo adelante LTDA. Dicha normativa llevó a cabo 29 modificaciones, entre reformas, eliminación y adición de artículos.

mos, corporaciones y demás entes aludidos en el art. 83 *ejusdem*, en los términos que determina la comentada Ley⁵.

En la vida real y en fechas próximas a la preparación de este estudio, la materia referida ha dado lugar a serios conflictos entre particulares y Estado, y se ha mantenido en zozobra a la colectividad y a los gremios vinculados al agro, derivado todo ello quizás, de una errada aplicación de los principios y normas que establece la Ley en relación con esta materia y al uso abusivo y errático de las nuevas instituciones de la LTDA.

Aspiramos y pensamos pues que este trabajo contribuirá a esclarecer y facilitar el manejo de las nuevas instituciones legales, y con ello conducir a la paz y sosiego entre productores y organismos vinculados a la Ley de Tierras, motivo por el cual consideramos especialmente de interés su inserción en este número especial de la *Revista de Derecho Público*, siempre atenta a estas novedades y a la cabeza de la función informativa legal, en todo lo vinculado al acontecer del Estado y la Administración Pública y su devenir.

II. TRÁMITE Y REQUISITOS DEL PROCEDIMIENTO DE RESCATE

1. Tipos de tierras afectadas

Debemos comenzar por destacar enfáticamente que el procedimiento especial pautado en la LTDA al que nos referimos en esta investigación, no es el único habilitado para tales fines, sino solo el relacionado con la recuperación de tierras que tienen vocación productiva agraria, y que o bien son propiedad del mismo INTI, o de las que sin ser propiedad de este, se encuentren bajo su “disposición” de acuerdo a las novedosas regulaciones de la LTDA (sin importar ni el origen de dichas tierras, ni la causa del derecho) de una parte, y por otra, que las tierras así afectadas, adicional y expresamente estén en manos de ocupantes ilegales o de quienes las hayan adquirido en posesión o propiedad ilícitamente.

La normativa no define ni aclara varios de los nuevos conceptos que utiliza en la descripción de esta nueva institución, así por ejemplo, usa los vocablos: “ocupación ilegal o ilícita”, sin precisar que se entiende por tales conceptos, por lo que somos de opinión que deberán aplicarse para esclarecerlos las interpretaciones doctrinarias y legales que resultan lógico aplicar por analogía conforme al ordenamiento jurídico general, esto es, a falta de otros usos del concepto en las normas usuales vinculadas a urbanismo, tierras, agrario, que como hemos dicho carece de antecedentes en la normativa agraria precedente, pareciera que la lógica hace recomendable acercarse al Derecho Penal, donde se contemplan y penan las conductas ilícitas e ilegales, sin que tampoco por ello sea descartable el uso más común del concepto ilícito, aplicable a la fuente de las obligaciones y definido por el Código Civil, en cuyo contexto equivaldrían a acciones cometidas pro

5 Así se desprende de los Arts. 2, numeral cuatro y 117 de la LTDA. El INTI es el órgano que en la LTDA tiene a su cargo la implementación y ejecución de las nuevas normas de la Ley en todo lo que atañe a la administración, redistribución de las tierras y la regularización de la posesión de las mismas, de conformidad con la nueva normativa legal y reglamentaria sobre materia de Tierras y Desarrollo Agrario (art. 117).

sujetos que actúan con intención, o negligencia o por imprudencia y con lo cual se producen daños a sus legítimos propietarios (art. 1185 C Civil)⁶.

En resumen, creo que redondeando ambos conceptos, con dichos términos se alude a tierras que han sido ocupadas y que están siendo detentadas sin causa ni título legítimo o amparados dichos actos por Ley o acto de la administración alguno.

Extremando los términos por igual consideramos debe establecerse una diferencia en torno a lo ilegal y lo ilícito en esta materia, siendo lo segundo a nuestro entender, aquello no amparado en la Ley, sino, por el contrario, hecho en contravención consciente de la misma, sin que en ninguno de los dos supuestos sea menester sostener que la actual detección o tenencia provienen de actos derivados de delitos cometidos por el sujeto que la cumple, y con ocasión de obtener o generar dicha tenencia u ocupación.

Por el contrario, encontramos que el art. 83 LTDA, si define y aclara que deben entenderse por tierras que estén “bajo disposición” del INTI, nueva nomenclatura legal, no coincidente con el significado de la palabra castellana, en tanto se precisa que son tales, las baldías nacionales o fundos rústicos, ambas categorías, adicionalmente que tengan “efectiva vocación agrícola”, sin importar que se trate de bienes que sean del dominio privado de la República, institutos autónomos, corporaciones, empresas del Estado, Fundaciones o cualquier entidad de carácter público nacional (léase bien, las dos clases de tierras citadas).

Según nuestro criterio, para no caer en absurdos, a su vez cabe destacar deben tratarse de tierras baldías que no hayan cambiado su régimen de uso por encontrarse pues en legítimas manos de usuarios que sobre ellas hayan adquirido o tengan alguna clase de derechos, sino aquellas sobre las que los entes públicos *ad hoc* han perdido su posesión y guarda por hechos ilícitos o ilegales.

Adicionalmente según se lo observa, las demás tierras aún de origen baldío, pero bajo régimen de los Estados y Municipios, no es que no sean rescatables, sino que tales gestiones deben cumplirse por el ordenamiento jurídico propio (Ley Orgánica Poder Municipal o el de la de Tierras Baldías y Ejidos), según el caso, pues dichos entes no pierden la “disposición de las mismas”, por hechos relacionados con su ocupación legítima o no, ni con motivo de la promulgación de la LTDA, salvo la excepción contemplada en el art. 2, numeral 4, párrafo segundo, lo cual supondría en todo caso, expreso pronunciamiento en vía administrativa, por parte del ente Nacional con dicha competencia, según lo dispuesto en las leyes orgánicas respectivas o en los Estatutos Orgánicos de dichos entes.

Con lo expuesto hasta ahora, pareciera poder sostenerse que el nuevo ordenamiento agrario abandona en cierto modo el principio tradicional en materia de Derecho Agrario conforme al cual, quien detenta y explota la tierra eficazmente tiene derecho a poseerla y mantenerla en esa misma condición y parece ser este el criterio que al respecto se ha hecho prevaler por el propio Presidente de la República y las autoridades del INTI.

Mas ante ello, y la clara redacción del artículo 84 *ejusdem*, debemos ser enfáticos en negarlo, y por el contrario afirmar que en todo caso será una excepción a la disposi-

6 Sin negar que ello pueda ocurrir en contados casos, nos atrevemos aseverar que ello no ocurre así en la práctica, por el contrario, esas tierras la mayoría de las veces se ocuparon de probada buena fe, con espíritu de aventura, pero siempre con la idea de ponerlas a producir, al menos en los actos que dieron origen a tales posesiones, para no decir en otros muchos casos lo han sido a la luz pública y con pleno conocimiento de las autoridades. La posesión continua, pública, notoria y sin oposición, ha sido la mejor fuente de explotación del campo y de la preservación en la mayoría de los casos de las fuentes hídricas, recursos forestales, etc. sea que estén ubicados en tierras públicas o privadas. Es esa una indiscutible verdad.

ción que regula el Derecho al Rescate de Tierras, el hecho de que dichas tierras, aun existiendo todos los demás requisitos que lo harían procedente, estuvieren en condiciones de “óptima producción” con fines agrarios, lo cual significa, según el nuevo texto legal, que se encuentre dicha producción, dentro de los planes y lineamientos establecidos por el Ejecutivo Nacional y que en su extensión no excedieren de dos (2) unidades del patrón de parcelamiento establecido en la zona por el INTI y siempre que ello no colidiere con circunstancias de interés social o la utilidad pública no permitiese considerar lo contrario.⁷

En torno a esta clara excepción, nuevamente vale la pena llamar la atención sobre los expresos supuestos bajo los cuales nos encontramos en su presencia, esto es, que debe existir y ser público y conocido por la ciudadanía en primer lugar los planes y lineamientos dispuestos por el Ejecutivo Nacional para esa zona y tipo de suelos, segundo que en el lugar o para el sitio donde se encuentren aquellas, exista diseñado cuando menos un plan o patrón de parcelamiento, que establezca las extensiones de las unidades en las que se encuentre concebido el desarrollo de aquellos y, por último, a pesar de la pervivencia de ellos, la existencia de esa explotación particular no colidiera con circunstancias excepcionales de interés social o utilidad pública, que no hicieren aconsejable mantener esa “producción óptima” de tales lotes de tierras.

Como puede verse, se extreman las condiciones para que no sea despojado de las tierras que viene detentando, quien aun siendo ilícito o ilegal poseedor o usufructuante de ellas, hace uso adecuado y óptimo de las mismas, y ello debe devenir de patrones pre establecidos por criterios oficiales, conocidos y divulgados a la ciudadanía, con miras a evitar desigualdades e injusticias. No de otra manera podría entenderse o asimilarse el cambio de procedimientos contemplados en la nueva LTDA, pues ello iría contra los principios y lineamientos básicos del Derecho Agrario.

Como lo hemos dejado comentado antes, en la práctica todo cuanto dejamos dichos ha resultado desconocido, preterido y sin fórmula alguna, aupados aún por el mas alto representante del Ejecutivo Nacional, se ha autorizado la invasión de fincas y peor aún, ello lo ha sido con el apoyo de unidades de nuestra Fuerza Armada Nacional en franco desacato y desconocimiento del ordenamiento jurídico y del Estado de Derecho.

En efecto, en una serie de casos hechos del conocimiento público, inclusive se ha prescindido de toda calificación previa de las tierras, de los planes de desarrollo, de la afectación a determinados rubros de producción de las tierras invadidas, etc. y en todo caso sin cumplir el procedimiento formal que exige la Ley para ello, tal como veremos seguidamente.

7 Esta disposición excepcional ya existía en el ordenamiento agrario precedente al nuevo de corte agro alimentario, en tanto que aun en situación de reconocimiento de “la reserva” del propietario, esta cedía si en efecto se invocaban y demostraban los supuestos excepcionales de interés social o utilidad pública, que como resulta obvio y lógico, no son de simple invocación, sino deben demostrarse o en su caso valorarse y apreciarse pro el Juez, la causa y motivo de existencia de los mismos. Lamentablemente pareciera que tan claros parámetros que justifican la excepción se pretermitían y pretermiten por las autoridades encargadas de llevar a cambo la ejecución de las disposiciones de la LTDA, con lo cual se comenten frecuentes e incalificables atropellos contra los poseedores y detentadores de tierras baldías, aun desde tiempo inmemorial.

2. El procedimiento de rito

En el artículo 85 dispone la LTDA que debe seguirse en todas sus partes un breve pero claro procedimiento en la materia, que parte de un auto de inicio, para lo cual el INTI debe disponer la elaboración de un informe técnico (o ya contar con el mismo, diríamos nosotros) en el cual precisamente se aclare, certifique y exista cabal presunción de que las tierras posiblemente afectadas han sido objeto de apropiación o detentación ilegal o ilícita, de su extensión y cabal ubicación, de sus eventuales detentadores y poseedores (si ello fuere posible ex-art. 90), y como es de suponer, que tales tierras previamente han sido clasificadas e inventariadas, como aptas para desarrollo agrario, y claramente establecidos los promedios de producción para dicha zona y lugar, toda vez que solo así podrá justificarse el que eventualmente se esté procediendo en contra de una determinada explotación óptima en la zona.

Finalmente, porque ello es otro elemento determinante, que también pre existe un plan u ordenamiento de parcelamiento por parte del Ejecutivo Nacional o autoridades del INTI sobre esa zona, en el que conforme los criterios técnicos aconsejables, se tengan establecidos por igual “las unidades de parcelamientos” aplicables sobre esas tierras y para esos tipos de explotación preestablecidos, según lo dicho antes.

Recuérdese precisamente, que la existencia de dicho procedimiento posiblemente da lugar a conflictividad con particulares que se encuentran detentando las tierras y que perfectamente bien pueden encontrarse en los supuestos de procedencia de las excepciones contempladas en el art. 84 LTDA y esgrimirá seguramente como defensas el encontrarse en los supuestos de dicha norma.

Esto que parece tan claro y sensato, ha sido absolutamente pretermitido y burlado en los casos que han sido del conocimiento del país, la extremo de que se han dado declaraciones por parte de las autoridades agrarias y del mas alto nivel del Ejecutivo Nacional, donde claramente se aprecia que no existen siquiera esbozos de los planes de desarrollo para las tierras sobre las cuales se arbitró la medida de ocupación por parte de las autoridades⁸.

Debe pues entenderse en sana lógica y en respeto precisamente a los postulados del Derecho Agrario de mantener en la explotación de la tierra quien cabalmente la cultive y explote, que solo agotados tales pasos previos en el procedimiento del acto administrativo complejo que acuerde “el rescate” es que puede disponerse la ocupación y no viceversa, sin que ello obste para que en el ínterin puedan dictarse cualesquiera otras medidas cautelares de aseguramiento de la tierra susceptible de rescate, disponiéndose el tiempo de duración de las mismas y la garantía del ejercicio del derecho de permanencia de los sujetos referidos en los artículos 17, 18 y 20 de la LTDA (art. 85 *ejusdem*).

Solo así y no de otra manera, para no ser injustos, ni incurrir en desigualdades ni abusos, podrá determinarse y compararse a cabalidad si lo poseído lo es ilícita o ilegalmente, o si se encuentra o no en condiciones de “OPTIMA PRODUCCIÓN” con fines agr-

8 En efecto, en declaraciones a la prensa, el propio Presidente de la República, en franco desacato a la Ley y a los principios Constitucionales, se ha permitido inclusive usurpando la presunción de propiedad generada por la detentación y apariencia de títulos, transmitir un programa radial sobre los hechos acaecidos con motivo de las medidas aplicadas por la Administración que restringen a los aparentes titulares de la propiedad cuando menos de las mejoras y bienhechurías, demostrando con ello la mayor de las arbitrariedades, y declarando entre otras cosas que en el futuro se destinarán dichas tierras a determinados fines, esto es haciendo caso omiso a la requerida preexistente planificación de las tierras y de los inventarios de cultivos.

rios, a que alude la excepción, y se respeta el obvio derecho del ocupante a las mejoras y bienhechurías por él realizadas, todo lo cual amerita, precisamente clara y pertinente vigilancia de los propios Tribunales Agrarios, pues vienen estos establecidos para dar el adecuado amparo agrario a quien explotan las tierras.

En torno a las medidas cautelares procedentes y pertinentes en dicho procedimiento, al contrario de lo que hemos visto ocurrir en la práctica, las mismas no pueden tener otro objeto que el “aseguramiento de las tierras susceptibles del rescate” como bien lo dictamina la Ley.

Que sepamos la tierra no es susceptible de desaparecer, ni de deteriorarse de manera permanente o temporal, de tal manera que pensamos, que aquellas solo pueden propender a evitar que terceros procuren a su vez ocupar ilegítima o ilegalmente las que son objeto del procedimiento, lo cual no impone ni supone una “invasión de las tierras en cuestión por parte de la fuerza pública” sino cuando más un cerco de vigilancia que en absoluto impida, desmejore o entorpezca las labores de campo y cría que vengán realizándose por el ocupante, que por lo demás en nada afectan los posibles derechos de rescate del INTI ni la de sus representados y toda vez que como bienhechurías, son de la exclusiva pertenencia de los ocupantes o detentadores o, cualquier tipo de medidas que procuren defender el medio ambiente natural, bosques, fuentes de agua, etc., que obviamente son valores incorporados al suelo.

Dichas medidas, entendemos puedan ser complementadas con anotaciones registrales, para prevenir a terceros de buena fe, o impedir la dilución del procedimientos en nuevos sujetos pasivos del mismo, y en todo caso, según expresa regla de la LTDA deben notificarse personalmente a los interesados en el acto de su ejecución, bien *in faciem*, o en todo caso bajo la modalidad de publicación de un aviso en que así se lo disponga y establezca, el cual debe ser insertado en la *Gaceta Oficial Agraria*, a fin de que quienes se vean afectados por las mismas puedan ejercer los recursos establecidos en la LTDA.

De paso sea destacar que con la consabida falta de técnica legislativa, la LTDA señala intempestivamente en el comentado artículo 85, que esas formas de disponer las notificaciones que se hagan menester en el procedimiento de rescate, serán las aplicables en cualesquiera otros procedimientos administrativos previstos en la misma Ley, aun ajenas al de rescate⁹.

Tal procedimiento complejo, no obstante, tiene carácter autónomo, según mandato de la misma Ley, entendiendo nosotros que tal declaración debe interpretarse en el sentido de que el mismo seguirá su curso, sin que para iniciarlo sea menester haber agotado ningún acto previo.¹⁰

9 En efecto es inconcebible que en una disposición dirigida a normar un procedimiento especial, no ordinario, ni que establezca ritos procesales, se ubique una norma en que se establece una modalidad de notificación que se la haga extensible a todo otro tipo de procedimiento administrativo, mas cuando en la misma Ley, en capítulos separados, se regulan extensamente los procedimientos administrativos y judiciales aplicables al Derecho Agrario.

10 Imaginamos que ello deberá interpretarse en el sentido de que no será menester previamente agotar vía amigable, notificaciones ni averiguaciones preliminares, lo cual no deja de ser ciertamente un foco para vulnerar derechos de los particulares, pues deberá entenderse entonces que las autoridades del INTI puedan llevar a cabo actos tan drásticos, como lo son inspecciones, investigaciones, experticias y mediciones en tierras, instalaciones o cultivos que cuando menos son poseídas por eventuales sujetos de buena fe, que cuentan con la protección posesoria correspondiente que harán aparecer aquellos como ilegales y perturbatorios, toda vez que no están fundados en ninguna apariencia siquiera de derecho: actas o actos de requerimiento, entre otros, o harán menester que previamente se dicten en el procedimiento Medidas Cautelares Administrativas a las que se alude de modo genérico en el mismo comentado artículo de la Ley, pero las que a su vez, si deben cumplir con un rito mínimo, cual es el de pro-

En torno a esta media descabellada norma, precisa recordar que la misma fue la que resolvió la Asamblea Nacional establecer para sustituir al art. 89 del DLTDA, infringido por nulidad, debido a sus insensatos procederes regulados y que afectaban a los administrados, y con la cual a pesar de los considerandos del Tribunal Supremo de Justicia, al hacer tal la declaratoria nulidad, advirtió de los excesos que suponía que el Ejecutivo o el INTI, sin formula de juicio alguno dispusiere de las tierras y bienhechurías, lo cual explica que se hayan sustituido dichas monstruosas facultades, por la de un poder cautelar, ajustado a la Ley, pero que nuevamente en la práctica hemos visto desfigurar, alterar y convertir en las mismas arbitrarias medidas que fueron advertidas por la Sentencia de Nulidad comentada.

Estimamos sin temor a equivocarnos, que aún el mas desequilibrado y parcializado órgano judicial que deba re-estudiar el nuevo ordenamiento o los actos cumplidos bajo el amparo de dicha normativa, declarará de nuevo, con los mismos argumentos la nulidad de dicha disposición, en tanto viola, restringe y conculca los derechos de los tenedores y poseedores de tierras, dejándolos sin protección alguna, y todo ello en franca violación de los principios establecidos como normas básicas de protección agraria.

Las mismas normas de trámite (art. 90 y 91) contemplan que en el auto de apertura se dispondrá igualmente la identificación y determinación de las tierras afectadas por el rescate, los posibles ocupantes ilegales o ilícitos, si ello fuere posible así como a cualesquiera otros interesados (imaginamos sean a su vez sub-pisatarios o sub-ocupantes a la vez ilícitos o ilegales) a fin de que presenten sus defensas y alegatos en torno a lo que se les imputa en dicho procedimiento, lo cual deberán hacer dentro del plazo de ocho (8) días hábiles contados a partir de la aludida publicación.

En lo que atañe a como y de que manera deben practicarse las notificaciones y citaciones al procedimiento, la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, tuvo ocasión de pronunciarse con motivo de la delación de inconstitucionalidad que se hiciera de la norma homóloga de la comentada en el DLTDA, para lo cual esgrimió en el comentado fallo los siguientes razonamientos que estimamos de interés transcribir:

Por lo antes expuesto, y en los términos explanados, esta Sala considera obligatorio, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que se notifique, conforme a las normas ordinarias sobre citaciones y notificaciones personales, para que se hagan parte en el proceso de impugnación de un acto cuasi-jurisdiccional, a aquellas partes involucradas directamente en el procedimiento del cual resultó dicho acto. Ello con base en el derecho fundamental a la defensa establecido en los numerales 1 y 3 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y con la garantía a una justicia accesible, imparcial, idónea, transparente, responsable y equitativa, según lo establecido en el artículo 26 del Texto Fundamental [...].

De manera que, el desconocimiento de la notificación personal de las personas que resultarán afectadas directamente por el acto administrativo es una conclusión que no compagina con el precepto constitucional que contiene el artículo 49, resultando no sólo insuficiente, sino improcedente, sostener -con base en el artículo 100 de la misma ley- que la normativa de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos puede complementar lo dispuesto en el Título referido a la Afectación de Uso de Redistribución de las Tierras, pues, en las normas contenidas en los artículos 40 y 43 no existe supuesto insuficiente alguno que suplir, no hay, dentro del contexto literal, un vacío en el tipo normativo que haga permisible la aplicación supletoria de la normativa de la Ley Orgánica de

curar hacer el conocimiento del afectado, por cualquier vía, aun la de fijación de carteles o avisos en la *Gaceta Agraria* (órgano de publicidad *ad hoc* con el que ahora cuentan los entes Agrarios).

Procedimientos Administrativos, de manera que la interpretación a la cual fuerza la redacción de la norma atenta contra el derecho a la defensa, debiéndose entonces entender, en aras de lo que dispone el artículo constitucional y con apoyo adicional en el principio del procedimiento administrativo de *audire alteram partem*, que siempre, de ser conocidas o identificables, las personas a cuyo favor o en contra a los cuales deriven los efectos propios del acto, éstas sean notificadas personalmente de la apertura del procedimiento administrativo como del acto administrativo que dentro de él se dicte.

Con la declaratoria anterior, obviamente, como se acotó en el apartado correspondiente de este fallo, subsisten las normas, ya que no toda notificación por cartel o mediante *Gaceta Oficial* vulnera el derecho a la defensa y al debido proceso, pues, debe recordarse que tal mecanismo se instauró como una forma de garantizar, precisamente, tales derechos, por lo que en el caso de que se desconozca o no se pueda identificar al propietario o a los interesados para lograr su notificación personal, los supuestos establecidos en ellas se aplicarán, pero en caso contrario, la publicación en la *Gaceta Oficial Agraria* del cartel de emplazamiento, en el supuesto del artículo 40, y de la notificación del acto administrativo que declare como ociosas o incultas las tierras, en el caso del artículo 43, sólo se hará inmediatamente después de la consignación en el expediente administrativo de la notificación personal efectuada al propietario de la tierra o a los interesados del acto administrativo en los supuestos respectivos.

De esta manera acoge esta Sala, en los términos expuestos, el argumento esgrimido por la parte recurrente en este sentido, y, a su vez, hace suyo también el razonamiento que expusieron las sustitutas de la Procuradora General de la República cuando indicaron que:

[s]i bien es cierto que la norma bajo análisis prevé la notificación del acto que declare las tierras como ociosas o incultas al propietario y a los interesados, mediante publicación en la *Gaceta Oficial Agraria*, ello en manera alguna significa, que tratándose de un acto administrativo de esta naturaleza no sea procedente agotar la notificación personal a quien afecta, a fin de salvaguardar la eficacia del mismo”, aunque el resto de la argumentación por ellas realizadas en este sentido no sea congruente con el extracto citado. Así se decide.

En torno al contenido de las defensas y alegatos que se hagan valer, como resulta lógico, procurarán enervar la procedencia del rescate, bien sea invocando el carácter de privado que no publicas de las tierras detentadas, la existencia de actos legales y lícitos que facultan la detentación de las tierras (usufructos, contratos de tenencia, dotaciones, etc.) o la existencia de las causales de excepción al procedimiento, o los vicios que afectan el procedimiento administrativo de rescate, así como los derechos especiales que confiere la Ley aún a quienes son detentadores ilegales o ilícito, a que luego nos referiremos (una especial forma de reserva que entendemos es establecida para preservar la vivienda construida) y cualquier pretensión indemnizatoria por daños, sobre lo cual comentaremos más detalles seguidamente.

Como se lo pude determinar, cabalmente, es y tiene que ser el rito del proceso de rescate el que hemos indicado precedentemente, y en particular la ejecución y existencia de todos los antecedentes administrativos del acto que dispone iniciar el rescate, pues de lo contrario se impediría al ocupante (en principio y por ese solo hecho sujeto de protección agrario: permanencia) su adecuada defensa.

Ello es y tiene que ser así, porque, recuérdese que el legislador parte del supuesto de que son tierras que ya están ocupadas, y por ende, las mejoras y bienhechurías en ellas existentes y los rebaños que en ellas pastan es indudable pertenecen a los ocupantes, y de plano que entonces no pueden ser afectados ni vulnerados por medida alguna de protección al Estado o sus entes, como presuntos dueños del suelo.

Y esos mismos criterios y medidas de prudencia deben aplicarse en torno a las medidas cautelares que sea pertinente dictar, pues se están lesionando por igual con ellas derechos preexistentes y de igual entidad (de productores de la tierra).

No cabe tampoco la irracional interpretación de que a pesar de que se viene en tratos con un posible ocupante, sostener que en el auto de proceder o de inicio, se pretenda desconocerse quien sea el o los ocupantes, en tal orden de ideas, deberá disponerse salvo probada excepción, la notificación o citación *in faciem*, como debe ser, y solo por excepción recurrirse a la de carteles publicados, o a la de fijación de los mismos en el hato o fundo, medios estos excepcionales que contempla el nuevo procedimiento.

La LTDA dispone en su artículo 93, que una vez tramitada la contestación del procedimiento de rescate, sin hacer referencia a pruebas (lo que nos hace presumir que dicho proceso es de un alto grado de concentración que supone alegatos y pruebas en el mismo acto), deberá dictarse decisión en los diez días hábiles siguientes.

Para quien emite estos comentarios, ello no comporta que si en sana lógica el ente administrativo encuentra pertinente o procedente la apertura de una incidencia probatoria, así la haga valer, concediendo a ambas partes lapsos suficientes para que cada una aporte y presente las probanzas que se estimen necesarias y deseables para el mejor sustengo de la decisión que deba dictarse en el proceso.

Lo así resuelto, para una y otra de las partes, tiene recurso contencioso administrativo de nulidad para ante los Jueces Superiores Agrarios competentes por la ubicación de las tierras, dentro de los sesenta días continuos siguientes a la notificación del fallo.

Decimos que el recurso procede para cualquiera de las partes, en tanto puede ocurrir que en el procedimiento de rescate hubieren intervenido quizá terceros denunciantes, que de alguna manera serían interesados en hacer valer la procedencia y pertinencia del rescate, a pesar de la resolución administrativa que lo denegara por falta de supuestos de procedencia, entre otras causas, o por existencia de la excepción analizada *supra* (art. 94 LTDA).

En el trámite, según expresa disposición de la Ley, para este procedimiento resultan aplicables las normas que regulan los procedimientos administrativos de la LOPA y los de la Ley de simplificación de trámites administrativos (art. 96).

III. SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS OCUPANTES DERIVADOS DE MEJORAS Y BIENHECHURÍAS EJECUTADAS EN LAS TIERRAS OBJETO DE RESCATE

La LTDA al igual que lo hacía el DLTA contempla en el art. 86 una verdadera aberración jurídica. En efecto se establece que los ocupantes de las tierras publicas a que se viene aludiendo, no tienen derecho alguno a reclamar indemnización por mejoras o bienhechurías realizadas en ellas, ni consecuentemente la administración agraria está obligada a reconocer pago alguno por tales conceptos.

Obsérvese que lo dicho comporta claro desconocimiento de la propiedad privada, representada en la existencia de posibles mejoras o bienhechurías útiles en los terrenos objeto de rescate, que perfectamente en valor pueden exceder muchas veces del de las solas tierras, independientemente de sus usos y de los productos que en ella puedan explotarse.

La norma por lo demás es de clara aplicación retroactiva y desconoce el derecho nacido en cabeza de ocupantes ilegítimos o no, sobre mejoras y bienhechurías levantadas antes de tan sarraceno dispositivo legal, con la advertencia de que el mismo paso desapercibido en sus efectos a los Juzgadores a quienes correspondió declarar la nulidad de las normas del DLTDA.

En efecto para quien formula estos comentarios tal disposición legal es absolutamente abusiva y desconocedora del esfuerzo humano habitual en el campo, donde precisamente abundan este tipo de trabajos realizados de buena fe, o al menos sin franca oposición de los titulares de la propiedad, y siempre han sido objeto de claro reconocimiento y tratamiento legal¹¹.

Si se revisa detalladamente el texto del fallo que declaró la nulidad del art. 90 del DLTDA, equivalente al ahora comentado, podrá precisarse que la Asamblea Nacional incurrió en grave falta al haber aprobado de nuevo ese texto del artículo ahora comentado, pues lo hizo en franco desacato a los razonamientos y argumentos de la Sala Constitucional al declarar la nulidad del referido art. 90.

Para no entrar en disquisiciones inútiles y para mejor ilustración de nuestros lectores, nos limitaremos a insertar seguidamente el texto pertinente de la sentencia en torno a dicha materia, el cual se explica por sí solo y nos concede toda la razón en torno a los argumentos y conclusiones antes expresados.

En efecto, dice el fallo:

Al respecto se debe señalar que, si bien, es cierto que por principio general del Derecho, lo ilícito no genera derecho alguno, tampoco es menos cierto que el Estado Social de Derecho y de Justicia, que propugna nuestro Texto Fundamental en su artículo 2, tiene implicaciones más profundas que ameritan una revisión de las instituciones jurídicas cuando se trata del aspecto social, aspecto al cual las mismas sustitutas de la Procuradora General de la República de una u otra manera hicieron referencia cuando, en un pasaje de su escrito, citaron parcialmente la exposición de motivos del Decreto legislativo impugnado.

Precisamente, del texto de la exposición de motivos del Decreto legislativo objeto de impugnación se evidencia que la idea sustancial de la reforma del régimen jurídico de las tierras productivas obedeció a que:

[e]l valor del ámbito agrario no se limita a los efectos económicos beneficiosos sobre la producción nacional, sino que trasciende dicha esfera y se ubica dentro de la idea mucho más integral, del desarrollo humano y social de la población (Exposición de Motivos del Decreto legislativo).

Que, las

[...] directrices constitucionales no hacen sino manifestar la decisión fundamental hecha por el soberano de constituirse en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, en el cual [...] la tierra y la propiedad no son privilegios de unos pocos, sino que están al servicio de la población, dentro de los valores de solidaridad e igualdad de oportunidades (*eiusdem*).

La función social de la propiedad no es incompatible con el reconocimiento de los derechos que al superficiario puedan corresponder por bienhechurías o frutos, pues el *desideratúm* del Decreto legislativo es “[...] *profundizar y dar operatividad concreta a los valores constitucionales de desarrollo social a través del decreto orgánico*” (cf. Exposición de Motivos del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario).

11 El propio Código Civil, desde tiempo inveterado establece el tratamiento que deben darse a mejoras realizadas en suelo ajeno, con o sin consentimiento del dueño del suelo.

El artículo 90, en definitiva, no se corresponde con la idea sustancial de la Constitución y de la ley misma, pues pretende desconocer la existencia de la propiedad y la utilidad social que dentro del ámbito agrario cumple, con lo cual, de admitirse la tesis que propugna el indicado artículo, se estaría atentando no sólo contra el derecho a la propiedad estatuido en el artículo 115 de la Constitución, sino contra todo aquello que ha inspirado durante décadas el Estado Social y de Derecho recogido tanto en el texto constitucional vigente como en la Constitución de 1961.

No reconocer la propiedad de los bienes que existan sobre las tierras del indicado Instituto Nacional de Tierras, atenta contra el derecho a la propiedad, y hace que el Instituto incurra en un enriquecimiento sin causa, pues se subvierte la idea de accesión inmobiliaria en sentido vertical, que acarrea la inconstitucionalidad de la norma.

El derecho a la propiedad es un derecho esencialmente limitable, dado su utilidad social, pero dicha limitación no puede suponer un desconocimiento del derecho, por su rango constitucional, una absorción de las facultades del propietario al extremo que lleve a eliminarlo, pues de ese modo no se estaría garantizando esa protección que la Constitución le otorga. De tal manera que, siendo que con la norma en referencia se desconoce de manera absoluta el derecho a la propiedad sobre las bienhechurías realizadas por los ocupantes de las tierras del Instituto Nacional de Tierras, esta Sala declara la nulidad del artículo 90 del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. Así se decide.

No nos cabe duda alguna que en el futuro, de accionarse nuevamente la nulidad de varias de las disposiciones de dicha Ley, seguramente se decretará la franca nulidad de dicha disposición, que no encuentra precedente alguno dentro de nuestro sistema jurídico. Es mas, en buen derecho y conforme una interesante interpretación que hizo la misma Sala en torno a los efectos de la Cosa Juzgada, la inaplicación e inexistencia de dicha norma debería resultar de un simple procedimiento de Aclaratoria o de Interpretación de la misma Sala, en tanto carece de todo sentido razonable volver a analizar un tema tan claramente resuelto como lo fue el de la obligación de respetar las mejoras hechas por terceros.

Por el contrario a pesar de lo duro del precepto, consideramos en cambio viable el contenido de la norma del art. 92 de la misma Ley, que impide a los ocupantes ilegales o ilícitos oponer al INTI su carácter de poseedores, como defensa en el procedimiento de rescate.

Por lo demás la misma, se encuentra a tono con otra nueva disposición que declara imprescriptibles dichas tierras, y su carácter de bienes del dominio público, independientemente de pertenecer a la República, los Estados, Municipios y demás entidades, órganos y entes de la administración pública descentralizada funcionalmente (art. 95).

Sin embargo, igualmente, en torno a dicha temática, manifestamos nuestras serias dudas en lo que atañe a poder precisar bajo cual condición se encontrarían aquellas de dichas tierras que ya hubieren cumplido en manos de los particulares a la fecha de publicación de la LTDA, el lapso necesario para la prescripción y toda vez que por el solo hecho de ser públicas, tal como lo tiene sostenido reputada doctrina patria y sentencias de la entonces Corte Suprema de Justicia, las mismas no estaban revestidas de la ahora pretendida imprescriptibilidad, salvo que fueran de uso y destino público, materia esta que por su importancia y extensión dejamos para un nuevo estudio en el futuro.

El problema en estos casos no deja de revestir sus bemoles, toda vez que a nuestro juicio será menester para descalificar dicha defensa que previamente estén demostrados los criterios técnicos sobre el suelo y destino productivo del mismo, el que no existe una explotación óptima en el lugar y de que en efecto las tierras en referencia si son propiedad de la Nación y sus demás entes aludidos en la Ley, y por tanto en el ínterin, deben y tienen que hacerse valer como defensas la aludida posesión y todo otro género de derecho que ampare la actividad del detentador de las tierras.

IV. CONCLUSIONES

Aspiramos que con estas “observaciones” contribuyamos a un mejor estudio e interpretación del procedimiento de Rescate de Tierras y de alguna manera a que los casos prácticos que se han venido presentando, con grave conflictividad, puedan ser manejados en manera más cónsona con las normas vigentes y de manera menos traumática para los productores agrarios. Sobre lo dicho queda aún mucho más que discutir, espero y aspiro que estos comentarios den buen origen para ello.

§29. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACUICULTURA EN VENEZUELA Y SUS CONSECUENCIAS.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACUICULTURA Y LA VIABILIDAD DE IMPORTACIÓN DE POST-LARVAS DE CAMARONES PARA SU INTRODUCCIÓN EN GRANJAS DE CRÍA DE CAMARONES CON FINES DE MEJORAMIENTO GENÉTICO DE LA ESPECIE

*Ana Elvira Araujo García**

Profesora de la Universidad Central de Venezuela

I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACUICULTURA. ANTECEDENTES. REGULACIÓN LEGAL. ÓRGANOS Y PROCEDIMIENTO GENERAL DE AUTORIZACIONES

1. La acuicultura es una actividad protegida por el ordenamiento jurídico general y la Administración Pública Nacional despliega en relación a la misma una gestión de fomento, de acuerdo con la teoría de los cometidos de la actividad administrativa, con base en la previsión del Artículo 8, numeral 7 de la Ley de Pesca y Acuicultura de fecha 8 de julio de 2003¹ (en adelante identificada como LPA). Adicionalmente, el Artículo 4 de la misma LPA asienta que la acuicultura es una actividad de interés público por la importancia estratégica que tiene “para la seguridad alimentaria de la población, por los beneficios socioeconómicos y tecnológicos que de ellas se derivan y por su importancia geopolítica y genética.”

Se desprende, de una revisión de la LPA, la finalidad de la Ley de establecer medidas de protección a la acuicultura, así como de estímulo, promoción y hasta de financiamiento, con el propósito de protegerla y fomentarla en el territorio nacional (en particular véanse Artículos 2 y 5 de la LPA). En las disposiciones fundamentales, la LPA persigue desarrollar los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad para realizar las funciones relacionadas con la acuicultura. Así, entre otros fines, la LPA propone que los productos de la acuicultura se adecuen a los estándares de calidad nacional e internacional; e incentiva el desarrollo de empresas económicamente viables, apoyando la competitividad de sus productos en los mercados nacionales e internacionales.

* Agradezco a la ilustre profesora Magdalena SALOMÓN DE PADRÓN y en especial a la abogada Nohelia DÍAZ DE PADRÓN, su colaboración en este estudio.

¹ Artículo 8, numeral 7, Ley de Pesca y Acuicultura (G. O. N° 37.727 de 8 de julio de 2003):

“A los efectos de esta Ley, se definen como:*omissis*”

7. Acuicultura: Actividad humana destinada a la producción de recursos hidrobiológicos, bajo condiciones de confinamiento mediante la utilización de métodos y técnicas de cultivo, con un control adecuado, para procurar el óptimo rendimiento de los mismos”.

Simultáneamente, en virtud de su incidencia en el medio ambiente y en el tema de la preservación de otras especies animales, se le somete a una serie de controles que buscan garantizar que esta actividad se desarrollará en condiciones idóneas y favorables, tanto para la colectividad como para los particulares y empresas que la realizan con fines comerciales e industriales.

En vista de lo cual, la acuicultura que se desarrolla en territorio venezolano está regulada en función de la preservación del medio ambiente, de la repercusión desde el punto de vista sanitario, de la conservación de especies de la misma naturaleza o similares y de la protección a la industria desde el punto de vista económico. Legalmente, los fines de conservación y protección, justifican la serie de requisitos y controles a que está sometida la acuicultura. Por esto, para un análisis del régimen jurídico aplicable se considera pertinente describir la estructura de los órganos competentes, sus atribuciones y los procedimientos administrativos a seguir, habida cuenta que la regulación de la acuicultura no está contenida en un solo instrumento legal sino que, por el contrario, se encuentra disgregada en normas de distinto rango y mediando la intervención de diversos órganos de la Administración Pública, lo que convierte su estudio en un tema de cierta complejidad.

2. *El órgano rector de la actividad.* La competencia en materia acuícola es del Ejecutivo Nacional, quien la ejerce por órgano del Ministerio de Agricultura y Tierras y del Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura (en adelante identificado como INAPESCA), de acuerdo con lo establecido por el Artículo 7 de la LPA. Ahora bien, la acuicultura se clasifica según la LPA,² de acuerdo con su finalidad y de acuerdo con su modalidad.

Como se dijo, la LPA de julio de 2003 atribuye la competencia en acuicultura al Ministerio de Agricultura y Tierras y a INAPESCA, pero ésta no es una atribución exclusiva y excluyente, sino que al contrario, es un típico supuesto de competencia concurrente y compartida con entes descentralizados territorialmente, es decir, con los Estados y Municipios, a quienes, junto con el Ejecutivo Nacional les está otorgada la facultad de “dictar medidas dirigidas a la promoción de la pesca y acuicultura” (Artículo 6 de la LPA), una clásica actividad de fomento de la Administración, competencia que, en este caso, los Estados y Municipios deben ejercer siguiendo los lineamientos del Ministerio de Agricultura y Tierras y de INAPESCA. Por igual, otra disposición de la LPA³ le atribuye a INAPESCA el carácter de órgano rector del sistema y ratifica la competencia de fomento concurrente con los Estados y Municipios.

La descrita anteriormente es la distribución de competencia que hace la LPA de julio de 2003. Sin embargo, en otras disposiciones de esta Ley se le atribuyen competencias

2 Artículo 10 de la LPA: A los fines de la presente Ley, la acuicultura se clasifica:

I. De acuerdo con su finalidad: ...*omissis*

2. Acuicultura comercial: La que se realiza con el objeto de aumentar la oferta de proteínas de origen acuático y de generar beneficios económicos, y puede ser: ... *omissis*

b. Acuicultura comercial industrial: La que se realiza en infraestructuras que requieren de la construcción de instalaciones especiales, aplicación de altos niveles de tecnología y el aporte de inversiones económicas considerables. ...*omissis*

II. De acuerdo con su modalidad puede ser: *omissis* 2.- Acuicultura intensiva: La que se realiza aplicando tecnologías que modifican la calidad del agua y permiten aumentar la densidad de las poblaciones, acelerar el crecimiento, con *alimentación* controlada y especialmente elaborada, así como cualquier otro proceso que mejore la productividad o la rentabilidad del cultivo. De acuerdo al nivel de tecnología que se aplique, puede ser semi-intensiva o hiper-intensiva”.

3 *Artículo 23.* “El Ministerio de Agricultura y Tierras, por órgano del Instituto Nacional de la Pesca y Acuicultura, los estados, municipios o otros entes, promoverán e incentivarán a la acuicultura como una de las actividades aptas para la producción de proteína de origen acuático, en armonía con el ambiente”.

sobre la materia a otros entes u órganos de la Administración, como veremos. Además, la propia LPA, en las Disposiciones Transitorias, la Novena⁴, mantiene la vigencia de la diversidad de instrumentos sublegales, dictados con anterioridad a la LPA y que regulan la acuicultura como comentaremos mas adelante, porque inciden en particular sobre el régimen de importación de nauplios. Es posible que la razón de tal variedad de instrumentos legales esté en la complejidad de la actividad de pesca y acuicultura, por su incidencia en diversos aspectos que involucran a otros órganos con competencia en materias relacionadas y por esta razón se les reconoce competencia en la actividad acuícola desde sus propias áreas de interés. La acuicultura se torna, así, en una actividad bastante compleja, en virtud no tanto de lo heterogéneo de sus elementos constitutivos como del hecho de que tales elementos dependen, en su ejercicio, de distintas administraciones, públicas y privadas, están sujetos a diversas regulaciones y tienen diferentes fuentes y medios de financiamientos.

Otros órganos administrativos relevantes en el sector, y nos referiremos sólo a la competencia en acuicultura y que afecten a empresas (personas jurídicas) vinculadas a la acuicultura, son:

A. *Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales* (Artículos 26, 37 N° 7 y 60 de la LPA). Interviene en la evaluación de las solicitudes de introducción al país de recursos hidrobiológicos exóticos. Le corresponde a este Ministerio participar, apoyando a INAPESCA, en la elaboración de las normas de conservación de los recursos hidrobiológicos con el fin de asegurar una acuicultura sustentable. También, la aprobación de los estudios de impacto ambiental, previos al otorgamiento de las autorizaciones por parte de INAPESCA.

B. *Ministerio de Salud y Desarrollo Social* (Artículos 31 y 33 de la LPA). Participa en la coordinación, junto con el Ministerio de Producción y Comercio, del funcionamiento de la infraestructura de comercialización con el fin de favorecer el desarrollo de la cadena agroproductiva de origen acuícola. También garantiza que los productos de la acuicultura cumplan las normas sanitarias nacionales e internacionales y estén debidamente procesados.

C. *Ministerio de Ciencia y Tecnología* (Artículos 24 y 57 de la LPA). Participa este Ministerio en las investigaciones sobre reproducción y cultivo de las especies autóctonas y su viabilidad económica.

D. *Ministerio de Producción y Comercio* (Artículo 31 de la LPA). Se describió antes en la letra B.

E. *Ministerio de Relaciones Exteriores* (Artículo 37, numeral 12 de la LPA). Debe aclararse que la intervención de este Ministerio se limita a coordinar la celebración de acuerdos internacionales en materia pesquera y acuícola entre países o entre el país y organismos internacionales vinculados al sector.

F. *Fuerza Armada Nacional* (Artículos 91, 92 numeral 6, 94 y 95 de la LPA). La intervención de la Fuerza Armada es sólo como coadyuvante de INAPESCA para practicar investigaciones, sustanciar presuntas infracciones a la LPA, e iniciar procedimientos administrativos relacionados con las posibles infracciones a la LPA.

4 Novena: (Disposiciones Transitorias de la LPA) Hasta tanto se dicten nuevas normas que las deroguen expresamente, se continuará aplicando todo lo que no colide con esta Ley, las disposiciones de rango sublegal que sobre las materias aquí reguladas hubieren sido dictadas antes de la fecha de entrada en vigencia de esta Ley”.

Por igual, la regulación sobre esta materia ha creado *órganos consultivos* en razón de las varias especialidades que inciden sobre la materia acuícola, con el fin de asesorar, elaborar estudios y emitir opiniones sobre los diversos aspectos que inciden en la acuicultura, tales como:

- A. Junta Consultiva Nacional de Pesca (Artículo 71 de la LPA).
- B. Consejos Consultivos por rubro, por circuito o por cadena pesquera y de acuicultura (Artículo 72 numeral 1 de la LPA).
- C. Comités Locales de Seguimiento por rubro. Por circuito o cadena pesquera y de acuicultura en el ámbito regional (Artículo 72 numeral 2 de la LPA).
- D. Grupos de científicos expertos en evaluación de recursos hidrobiológicos, como órgano de consulta técnica y científica (Artículo 72 numeral 3 de la LPA).

3. *Procedimiento general de Autorizaciones.* Los instrumentos jurídicos que regulan la actividad de acuicultura someten su ejercicio a procedimientos autorizatorios, sanitarios, de fiscalización y control, entre otros. En primer lugar, vamos a describir el procedimiento que debe cumplirse para iniciar una actividad acuícola, así como para desarrollarla y preservarla.

La LPA de julio de 2003 establece que el ente rector del sector de pesca y acuicultura y en consecuencia, con competencia para emitir las autorizaciones que permiten dedicarse a la acuicultura como negocio es INAPESCA, de acuerdo a lo que dispone el Artículo 37⁵ de la misma. Por su parte, el Artículo 45 *ejusdem* establece que cualquier persona natural o jurídica que realice actividades de acuicultura deberá obtener la autorización respectiva por parte del Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura⁶.

A su vez, el Artículo 46 de la LPA clasifica las autorizaciones emitidas por INAPESCA en licencia de pesca, concesiones, permisos otorgados a personas naturales y jurídicas, aprobaciones y certificaciones.

Los dirigidos a la acuicultura comercial son de diferente índole: Permisos otorgados a personas naturales o jurídicas, que pueden ser a su vez,

- Permiso de Procesamiento y Comercialización, para adquirir, transportar, procesar, *importar* y exportar productos o subproductos pesqueros y acuicultura, y su vigencia será la de cada operación autorizada.
- De Acuicultura, para el desarrollo de proyectos de acuicultura en zonas de propiedad pública y privada. Su vigencia dependerá del tipo de actividad y tendrá carácter renovable.

5 Artículo 37 de la LPA:

“El Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura es el órgano ejecutor de las políticas pesqueras y acuícolas del país, y corresponde al mismo: *omissis*”

4 *Autorizar el ejercicio* de las actividades de pesca y *acuicultrura* y *las que le fueren conexas*.

5 Dictar medidas dirigidas a la conservación de los organismos objeto de la pesca y acuicultura.

6 *Otorgar los permisos, licencias, concesiones, certificaciones y aprobaciones necesarias para la pesca, la acuicultura y las actividades conexas*”. (Cursivas nuestras)

6 Artículo 45 de la LPA:

“Toda persona natural o jurídica que realice actividades pesqueras, de *acuicultura*, o a las actividades que le fueren conexas (*sic*), deberá obtener la autorización correspondiente emitida por parte del Instituto Nacional de la Pesca y Acuicultura, sin perjuicio de otras autorizaciones que deba obtener por parte de las autoridades competentes, conforme a la legislación vigente. Las autorizaciones son intransferibles”.

- Aprobaciones, para proyectos a ejecutarse en ejecución de la LPA, cuando se refieran al desarrollo de proyectos pesqueros o acuícolas de inversión nacional, mixta o extranjera.
- Certificaciones, para la realización de cualquier otra actividad derivada de la pesca y la acuicultura que requiera ser autorizada por INAPESCA y tendrá vigencia por un año.

En fecha 23 de febrero de 2001 se dicta la *Resolución N° 092 del Ministerio de la Producción y el Comercio, Gaceta Oficial N° 37.148 de 28 de febrero de 2001*, que contiene la regulación para establecer los trámites administrativos que debe cumplir toda persona natural o jurídica, interesada en obtener autorización para dedicarse a la actividad de acuicultura de manera comercial. En primer lugar, este procedimiento se intentaba ante el Servicio Autónomo de los Recursos Pesqueros y Acuícolas (SARPA) que estaba integrado al Ministerio de Producción y Comercio (es la justificación del órgano que emite la Resolución N° 092) hoy sustituido por el Instituto Nacional de la Pesca y Acuicultura (INAPESCA), adscrito al Ministerio de Agricultura y Tierras, de acuerdo a lo previsto por el Artículo 35 de la LPA, norma legal que crea a INAPESCA como instituto autónomo y determina su adscripción. En segundo lugar, a pesar de que la LPA es de fecha posterior, julio de 2003, esta Resolución N° 092 de Febrero de 2001 mantiene su vigencia por una disposición de la propia LPA, Disposición Transitoria Novena, citada anteriormente, que establece que estarán vigentes estos instrumentos sublegales hasta que sean derogados expresamente, salvo que contradigan normas de la LPA. Realizado el examen de las disposiciones de la LPA, se constató que el procedimiento regulado en la Resolución N° 092 de febrero de 2001 es el que debe seguirse en la actualidad para la obtención de la autorización correspondiente a la explotación y comercialización de la acuicultura.

El procedimiento general o común es como sigue: Toda persona natural o jurídica interesada en obtener tal autorización debe dirigir una solicitud ante INAPESCA y acompañar lo siguiente:

1. Planilla de solicitud de registro de empresa;
2. Perfil del proyecto de acuerdo a la guía de formulación de proyectos acuícola vigente;
3. Fotocopia de la cédula de identidad del solicitante o del representante legal de la empresa;
4. Copia certificada del registro mercantil y de la última modificación efectuada a los estatutos de la persona jurídica, debidamente protocolizada;
5. Copia del registro de información fiscal;
6. Identificación de los profesionales y de los responsables empresariales del proyecto;
7. En caso que se contemple el cultivo de especies exóticas, deberá acompañar la autorización de importación respectiva de conformidad con lo señalado en el Decreto 2223 de fecha 23 de abril de 1992, *Gaceta Oficial N° 4418 Ext. de 27 de abril de 1992*; decreto que también mantuvo vigente la LPA y que comentaremos adelante;
8. Copia de la solicitud de ocupación del territorio realizada por ante el Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales, de conformidad con lo señalado en el Decreto N° 1257 de fecha 13 de marzo de 1996, *Gaceta Oficial N° 35.946 de fecha 25 de abril de 1996* (que regula el régimen para la ocupación del territorio) y demás normativas nacionales que establezcan zonas aptas para los cultivos, ya sean espacios terrestres o acuáticos;

9. Extracto del estudio de impacto ambiental para el caso de camaronerías, o extracto de los recaudos para la evaluación, para las otras modalidades de la acuicultura presentadas al Ministerio del Ambiente, de acuerdo con lo señalado por el Artículo 60 de la LPA.

Consignada la solicitud, el procedimiento sigue de oficio e INAPESCA debe pronunciarse al respecto dentro de los 20 días hábiles siguientes. Si emite el Visto Bueno, lo enviará a los órganos competentes (fundamentalmente, el Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales) para el otorgamiento de las autorizaciones para la ocupación del territorio y la afectación de recursos. Una vez otorgadas éstas, el interesado deberá consignar copias de ellas en INAPESCA, instituto que deberá emitir el permiso de acuicultura dentro de los 20 días hábiles siguientes, el cuál tendrá un año de vigencia contado a partir de su expedición. Estos documentos deben estar vigentes y exhibidos siempre en las oficinas del interesado y en las granjas de cultivo.

II. VIABILIDAD JURÍDICA DE IMPORTACIÓN DE NAUPLIOS O POST-LARVAS DE CAMARONES CON FINES DE MEJORAMIENTO GENÉTICO DE LA ESPECIE. ÓRGANOS COMPETENTES. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y MOTIVACIÓN

1. *Antecedentes y Órganos competentes.* Desde el año 1989, se ha restringido la introducción al país de ejemplares vivos de camarones, concretamente de los géneros *penaeus* (camarón marino) y *macrobachium* (camarón de río), en cualquiera de sus etapas vitales, para prevenir la introducción de enfermedades que pudieran afectar a la industria camaronera nacional, tales como el Síndrome de Taura, el Síndrome de la Cabeza Amarilla y el Síndrome de la Mancha Blanca, que han producido en otros países la pérdida de importantes cantidades de este recurso hidrobiológico.

Sobre este aspecto, conviene precisar que de una revisión de los instrumentos jurídicos aplicables, no se observa alguna norma legal o sublegal que prohíba expresamente la introducción de ejemplares vivos de esta especie animal al país sino que se constató la existencia de un régimen que limita fuertemente, a través de la Ley de Pesca y Acuicultura, así como de multiplicidad de resoluciones y providencias administrativas, la entrada al país de ejemplares vivos con fines de investigación o cultivo, condicionando su ingreso al cumplimiento de una serie de medidas sanitarias y de protección que impidan la entrada de las enfermedades virales antes mencionadas, que puedan afectar la producción camaronera nacional⁷.

Con la finalidad de proponer mecanismos legales que permitan la importación de los nauplios o post-larvas de camarón al territorio nacional, debe considerarse que la regulación sectorial dictada por la Administración Pública Nacional (Ejecutivo Nacional) y por

⁷ En tal sentido, la Ley Penal del Ambiente vigente establece, en su artículo 55, que quien difunda una enfermedad en animales y plantas podrá ser sancionado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multado en una cantidad de seiscientos (600) a dos mil (2.000) días de salario mínimo. Asimismo, incurre en el tipo penal contemplado en el segundo aparte de la norma aquel propietario o tenedor de vegetales o animales o de sus productos respectivos que tengan conocimiento de que uno u otro estén atacados de enfermedades contagiosas o plagas y no haya denunciado el hecho ante la autoridad competente en la materia, lo que podrá acarrearle una multa que va de cuatrocientos (400) a ochocientos (800) días de salario mínimo. *De allí que puede inferirse que el bien jurídico protegido por la norma es la preservación de poblaciones animales o vegetales saludables dentro del territorio nacional.* (vid. *Gaceta Oficial* n° 4.358 de fecha 3 de enero de 1992).

el ente rector de la pesca y acuicultura se ha dirigido a restringir el ingreso de distintas especies de camarones marinos, a saber, las pertenecientes a los géneros *penaeus*, *litopenaeus* y *farfantepenaeus* y, como veremos más adelante, a regular la obligación que tienen las granjas de cultivo nacionales de instalar y disponer de criaderos o cultivos de levante de nauplios o post-larvas de la especie de camarón blanco, perteneciente al género *litopenaeus vannamei*, la cual no forma parte del catálogo de especies marinas autóctonas u oriundas de Venezuela, sino que ésta es una especie nativa de todo lo ancho de la costa del Océano Pacífico cuya distribución va desde Sonora, en el Golfo de California, México, hasta las costas del Perú, introducida al país con la finalidad de cultivarlos para su comercialización, en piscinas o granjas instaladas al efecto.

Sobre este tema es relevante la circunstancia que el cultivo de especies no autóctonas es una característica de la camaronicultura en Venezuela, toda vez que, como señalan estudios científicos, no se han conseguido resultados satisfactorios cultivando la especie nativa (*penaeus schmitti*), siendo las especies *penaeus vannamei* (camarón blanco del Pacífico) y *penaeus stilyrostris* (camarón azul del Pacífico) aquellos que poseen características aptas para su cultivo con fines comerciales⁸.

La anterior distinción es importante por cuanto la LPA de julio de 2003 contiene normas dirigidas, de una parte, a la promoción de las actividades de cultivo e investigación sobre la reproducción y el cultivo de especies autóctonas (artículo 24 de la Ley) y, por otra, prevé, en su artículo 26, la competencia que detentan de manera coordinada el Ministerio de Agricultura y Tierras, por órgano de INAPESCA, y el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales para evaluar, técnica y científicamente, las solicitudes de introducción al país de *recursos hidrobiológicos exóticos*,⁹ así como la obligación que tiene el mencionado instituto autónomo para adoptar las medidas necesarias para minimizar los riesgos de epidemias y otros efectos adversos en los cultivos y en el ambiente acuático¹⁰.

8 Esta información está sustentado en estudios disponibles en el Centro de Documentación e Información de INAPESCA, a saber: SÁNCHEZ, Roselena, "Estado Actual de la Industria del Cultivo de Camarones en Venezuela: Perspectivas (Current Status of the Shrimp Farming Industry in Venezuela: Perspectives)", Universidad Nacional Experimental Francisco de Miranda, Centro de Investigaciones Marinas, Complejo Docente El Hatillo, Coro, Falcón, 1998, pp. 3 y 7; y PAREDES, Claudio y CARABALLO, Evaristo, *El cultivo del camarón marino en Venezuela*, Fundación para la defensa de la naturaleza (FUDENA), abril 1998, pp. 60 y 64.

9 Acerca del uso de los términos "especies autóctonas" y "recursos hidrobiológicos exóticos" la LPA no contiene definición alguna. Sin embargo, dentro del elenco de términos usados en el área, los conceptos mas aproximados son:

"Especie nativa: Especie autóctona o endémica de una región o localidad determinada".

"Especie exótica: 1. Organismos originarios de un país diferente a aquel donde viven.

2. Especie autóctona o de una región o localidad en otra donde antes no existía".

Vid. ROBAINA, Germán, *Glosario de términos de uso común en Acuicultura*, 1º Edic., Fondo Editorial Acta Científica Venezolana, 1994, pp. 120-121.

"Especie nativa: Especie biológica que naturalmente pertenece a un ecosistema".

"Especie introducida, foránea o exótica: Especie biológica incorporada por el hombre a un ecosistema en el cual no existía en forma natural".

Extraído del *Glosario de Términos de Uso Frecuente en el Sector Pesquero*, compilado por el Servicio Nacional de Pesca de Chile, Organización Naciones Unidas para Agricultura y Alimentación, 2º Ed. Chile, 1996.

10 Introducción de organismos exóticos:

Artículo 26 de la LPA: "El Ministerio de Agricultura y Tierras, por órgano del Instituto Nacional de la Pesca y Acuicultura, en coordinación con el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, evaluará, técnica y científicamente, las solicitudes de introducción al país de recursos hidrobiológicos exóticos.

El Ministerio de Agricultura y Tierras, por órgano del Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura, tomará las medidas para minimizar los riesgos de epidemias y otros efectos adversos en los cultivos y en el ambiente acuático. Así

2. *Modalidades del procedimiento para la importación hasta marzo de 2005.* Resulta útil distinguir la especie y género de camarón cultivado con fines comerciales en el país, por cuanto, tratándose de una especie exótica, una primera propuesta jurídica sobre el asunto planteado es la de presentar una solicitud motivada de importación de post-larvas o nauplios vivos de camarón blanco (*litopenaeus vannamei*), ante las autoridades mencionadas (INAPESCA) con la finalidad de obtener un mejoramiento genético de la especie, acompañado de un informe técnico y científico que justifique la introducción de los ejemplares al territorio nacional con miras a ser incorporados en el proceso de reproducción y cría de este crustáceo, atendiendo a lo prescrito en el artículo 26 de la Ley de Pesca y Acuicultura, siguiendo para ello con las pautas sanitarias dictadas al efecto por el ente rector del sector acuícola y cuya aprobación depende de la discrecionalidad técnica de la autoridad administrativa competente, que en este caso es INAPESCA, en concordancia con lo establecido en los numerales 2 y 6 del artículo 37 de la LPA¹¹ y las disposiciones sublegales vigentes que inciden sobre la industria camaronera y en particular, sobre la posibilidad de importar nauplios para mejoramiento genético, como veremos enseguida.

El 25 de noviembre de 1991, *Gaceta Oficial* N° 34.854 de fecha 2 de diciembre de 1991, se dicta la *Providencia N° DGSPA/422 del Ministerio de Agricultura y Cría* contentiva de las “Normas que rigen el ingreso al país de ejemplares vivos de crustáceos camarones de los géneros *Penaeus* y *Macrobrachium* a los fines del cultivo e investigación”, la cual, argumenta como motivación técnica, que debido a la necesidad de importación periódica de ejemplares adultos nauplios, así como de post-larvas de las especies de camarones cuya tecnología de cultivo ya se conocía a la fecha de la publicación de esta providencia y a la actualización de los criterios científicos, obligaron a emitir esta regulación por parte del Ministerio de Agricultura y Cría, estableciéndose que, a los fines de su introducción, los aludidos crustáceos deberán cumplir con un período de aislamiento cuarentenal en una instalación biotécnica avalada por el Ministerio del ramo y cumpliendo con las condiciones técnicas que se especifican en dicho instructivo, que a su vez incluye normas sobre el drenaje de aguas de los recintos de engorde o preengorde y sobre eventuales enfermedades que surjan durante la cuarentena.

El 23 de abril de 1992, *Gaceta Oficial* N° 4418 Ext. de 27 de abril de 1992, se dicta el *Decreto N° 2223 que contiene las “Normas para regular la introducción y propagación de especies exóticas de la flora y fauna silvestres y acuáticas”*. Este Decreto va dirigido a la introducción y propagación de todas las especies exóticas de la flora y fauna, un universo más amplio que la Providencia 422 de diciembre de 2001 que regula sólo el ingreso al país de crustáceos de camarones y de un tipo determinado. Sin embargo, es curioso que la Resolución N° 092, de Febrero de 2001, descrita en el capítulo I de este informe, destinada a los trámites administrativos para obtener autorizaciones para la acuicultura comercial, somete el paso dedicado al posible cultivo de especies exóticas por parte de la granja a instalar, al cumplimiento de las previsiones del Decreto 2223 y

mismo, promoverá prácticas adecuadas para el desarrollo de programas de mejoramiento genético y sanidad, en todas las etapas involucradas en las actividades de la acuicultura”.

11 *Artículo 37 de la LPA*: “El Instituto Nacional de la Pesca y Acuicultura es el órgano ejecutor de las políticas pesqueras y acuícolas del país y corresponde al mismo: ... *omissis*”

2. Autorizar y fomentar las actividades de captura, extracción, cultivo o introducción a los ecosistemas acuáticos de recursos hidrobiológicos legalmente permitidos. *omissis*

6. Otorgar los permisos, licencias, concesiones, certificaciones y aprobaciones necesarias para la pesca, la acuicultura y las que le fueren conexas”.

no hace mención de las exigencias de la Providencia N° 422, que en virtud de la Disposición Transitoria Novena de la LPA, antes transcrita, sigue vigente, en nuestro criterio. Es decir, que deben cumplirse ambos instrumentos para importar nauplios. En relación con el Decreto 2223 de abril de 1992, dispone que los interesados en obtener los permisos para la *introducción o propagación de especies exóticas* de la *fauna* y flora silvestre y *acuática* deben seguir las siguientes pautas:

1. Justificar su introducción;
2. Indicar las medidas a adoptar para la protección de las especies nativas;
3. Indicar los métodos de control que se emplearán, en caso de convertirse la especie en competidora o depredadora de especies nativas.
4. A los fines de obtener la autorización en los casos de especies vegetales y animales obtenidos por métodos de ingeniería genética, el interesado debe abstenerse de exponerlos al medio natural hasta haber comprobado ante la autoridad competente que este material no afectará al resto de las poblaciones presentes en su hábitat natural (Artículo 6°).

El Decreto exige a la Administración que tales justificaciones y medidas se incorporen al contenido del acto autorizador. Se ratifica, entonces, que la solicitud debe hacerse ante INAPESCA como órgano del Ministerio de Agricultura y Tierras, como hemos señalado, y contar con la intervención del Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales Renovables (Artículos 8 y 10), en particular si se van a utilizar técnicas de ingeniería genética al introducir especies provenientes del extranjero.

El 8 de marzo de 2000, *Gaceta Oficial* n° 36.908 de fecha 10 de marzo de 2000, derogatoria de la Resolución n° DM/495 del Ministerio de Agricultura y Cría de fecha 24 de septiembre de 1999 (*G.O.* n° 36.797 del 29-09-1999), se dicta la Resolución n° DM/179 del Ministerio de la Producción y el Comercio contentiva de las “Normas necesarias para prevenir la introducción de enfermedades virales que afecten el cultivo de camarones”, establece medidas sanitarias dirigidas a evitar la propagación de las siguientes enfermedades virales: el Síndrome de Taura (Taura Syndrom Virus), Síndrome de la Mancha Blanca (White Spot Syndrom Virus) y Síndrome de la Cabeza Amarilla (Yellow Head Syndrom Virus) dentro de los cultivos camarones nacionales.

Las disposiciones contenidas en esta Resolución persiguen limitar la introducción de ejemplares vivos de los camarones marinos pertenecientes al género *penaeus*, *litopenaeus* y *farfantepeneaus*, que sólo podrán importarse al país provenientes de instalaciones extranjeras que reúnan los requisitos sanitarios que en ella se especifican¹².

12 Sobre tales requisitos, el artículo 2 de la Res. 179 expresa: “La introducción al país de ejemplares de crustáceos vivos de los géneros: *Penaeus*, *Litopenaeus* y *Farfantepeneaus* (camarones marinos), en cualquiera de sus fases vitales, quedará restringida a instalaciones que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Estar ubicadas en países que no hayan padecido de enfermedades virales que afecten a los crustáceos cultivables, en especial que estén libres de: Síndrome de Taura, Síndrome del Virus de la Mancha Blanca y Síndrome del Virus de la Cabeza Amarilla.
- b) Utilizar únicamente reproductores o nauplios provenientes de granjas camaroneeras o laboratorios de larvas registradas en el Servicio Autónomo de los Recursos Pesqueros y Acuícolas (SARPA) del Ministerio de la Producción y el Comercio (actual Instituto Nacional de la Pesca y Acuicultura)
- c) Mantener la actividad de cultivo en ciclo cerrado, excluyendo el uso de animales provenientes del medio natural.
- d) El país de origen de las instalaciones debe presentar una normativa sanitaria similar a la establecida en la presente Resolución, donde se prohíba la introducción de camarones de países con antecedentes de enfermedades virales que afecten a los crustáceos cultivables.

Sin embargo, cabe destacar que el mismo acto administrativo, pese a los requerimientos detallados en su artículo 2 para el ingreso de los mencionados crustáceos en cualquiera de sus etapas vitales, señala que a toda persona natural o jurídica interesada en el cultivo de los camarones pertenecientes a los géneros señalados que no incluya en la etapa inicial del proyecto el autoabastecimiento de semillas, así como las granjas ya establecidas en el territorio nacional y que quieran ampliar su superficie de cultivo, deberán presentar, conjuntamente con los requisitos establecidos por el SARPA (hoy INAPESCA), una carta compromiso “donde un laboratorio de larvas de camarones legalmente establecido en el país, se comprometa a suministrar las larvas requeridas para el proyecto” (artículo 5).

Se deduce, entonces que, a la luz de esta Resolución, la importación de los nauplios y post-larvas, así como de camarones marinos vivos en cualquier otra fase de vida, implica para el propietario de una granja de cultivo de camarón, no una prohibición expresa, sino el cumplimiento de trámites administrativos más complejos, que restringe en forma sensible el ingreso de especies vivas al país, frente a disposiciones que fomentan la adquisición de nauplios y juveniles en los laboratorios de levante instalados dentro del territorio nacional.

3. El 15 de mayo de 2003 se dicta la *Resolución N° 34 del Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura (INAPESCA)*, *Gaceta Oficial N° 37.719 de fecha 26 de junio de 2003*, mediante la cual se regula la instalación de criaderos o laboratorios de levante de nauplios (primer estado larval del camarón blanco), dentro del territorio nacional. Esta resolución tiene por objeto regular “la obligación que tienen las granjas de cultivo de camarón blanco para instalar y disponer de criaderos o laboratorios de levante de nauplios dentro del territorio nacional, con el fin de que produzcan sus propias post-larvas” (artículo 2 de la Resolución).

A los efectos de regular la instalación de estas infraestructuras de levante, el ente rector fijó las pautas técnicas que deberán cumplirse para la instalación de una granja de levante de nauplios y la obligación, por parte de las empresas que cuenten con laboratorios de maduración, de autoabastecerse y, de ser el caso, suministrar los excedentes de nauplios a “todas las empresas con laboratorios de levantes de nauplios que los soliciten y que estén debidamente registradas por ante este Instituto” (artículo 6).

Al tratarse de una regulación que incide en un sector importante de la industria acuícola de nuestro país y que fomenta el cultivo de camarón blanco en un sistema cerrado de cultivo, sin embargo, esta Resolución N° 34 está imponiendo obligaciones no previstas en la Ley. Es un instrumento, según la teoría de la jerarquía de la norma por el grado, de tercer (en caso que no exista una resolución intermedia emanada del Ministerio de Agricultura) o bien de cuarto grado, en caso de que si exista la resolución mencionada. Así mismo, debe tenerse en cuenta que su formulación, como se desprende de sus *considerandos*, obvió la realización del procedimiento de consulta pública de regulaciones sectoriales a que aluden los artículos 135 al 138 de la Ley Orgánica de la Administración

e) El país de origen debe certificar por medio de un laboratorio de patobiología reconocido por la Oficina Internacional de Epizootias (OIE), que el producto está libre de patógenos virales, especialmente los señalados en el artículo 1 de la presente Resolución.

f) Estar debidamente certificadas sanitariamente por el Ministerio de la producción y el Comercio de Venezuela, a través del Servicio Autónomo de los Recursos pesqueros y Acuícolas (SARPA) (actualmente a través del Instituto Nacional de la Pesca y Acuicultura adscrito al Ministerio de Agricultura y Tierras).⁷

Pública¹³, lo que hizo nugatorio el derecho de los interesados de formular las observaciones técnicas, financieras o estructurales a la implantación de los tantas veces mencionados laboratorios de levantes de nauplios, por lo cual está viciada la aludida Resolución no consultada a los interesados de nulidad absoluta, de conformidad con lo previsto en el artículo 137 de la misma Ley Orgánica.

Por otra parte, en el análisis de la Resolución N° 34 de junio de 2003, puede observarse que se persigue establecer un sistema cerrado de cría y cultivo de camarones, evitando con ello el ingreso de agentes patógenos que afecten la producción camaronera nacional. Las restricciones sanitarias para la importación de material vivo en el proceso de cría están contenidas, entonces, en los instrumentos legales ya analizados. Es curioso, por no decir incomprensible, que todas las Resoluciones y Providencias dictadas desde el año 1991 admiten, en sus fundamentos, que la importación de nauplios es indispensable cada tanto tiempo para la renovación de la especie y, por tanto, someten ese proceso a las normas analizadas en páginas anteriores. Cabe decir lo mismo para los Decretos reseñados y por encima de todos estos instrumentos por su jerarquía, las disposiciones de la Ley que tiene como finalidad la promoción y el estímulo de esta industria, incluida la introducción de recursos hidrobiológicos exóticos (Artículo 26 entre otros), previo el cumplimiento de medidas técnicas para evitar epidemias y otros efectos adversos en cultivos y el ambiente acuático. Por el contrario, esta Resolución N° 34 en su motivación sostiene que:

[...] por cuanto los laboratorios existentes dentro del territorio nacional están en capacidad de producir grandes volúmenes del primer estadio larval del camarón blanco (*L. vannamei*) llamado nauplio, el cual puede ser levantado a post-larva en pequeños criaderos construidos para tales fines [...]

Entra a regular, como se dijo, la instalación de criaderos o laboratorios de levante, sin alusión alguna a la introducción periódica de nauplios sometida a las restricciones sanitarias correspondientes, y en apariencia, asumiendo que la producción nacional se basta a sí misma. En todo caso, es una resolución destinada exclusivamente a regular la instalación de criaderos o laboratorios de levante, sin incidir para nada en la vigencia de los otros instrumentos que establecen el procedimiento para la importación de nauplios.

Frente a tal regulación, cabe observar que el ente rector obvió que la promoción de un sistema cerrado de cultivo, trae como consecuencia un desgaste genético de la especie, que incide sobre la calidad del producto final que será exportado, y prescindió del análisis de uno de los principios generales que imperan en la cría de especies animales para su comercialización, que es la práctica de la selección sobre todas aquellas características de la especie que se consideran de valor económico, definiendo como características de valor económico aquellas que inciden en una mayor productividad y

13 En refuerzo de tal afirmación, se tiene que el encabezado del artículo 136 de la aludida Ley Orgánica, vigente desde el 17 de octubre de 2001, impone que cuando todos los órganos y entes públicos, actuando en su rol de regulación, "propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía" deberán remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales inscritas en un registro creado al efecto por disposición del artículo 135 *eiusdem*, además de convocar a través de la prensa nacional y de internet el inicio de dicho procedimiento que, dentro de las fases establecidas en la Ley, permite "a cualquier persona" presentar por escrito sus observaciones y comentarios sin necesidad de estar inscrito en el registro señalado e intervenir en una discusión pública de las normas, lo cual no se efectuó en el presente caso. (*Vid. Gaceta Oficial* n° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001).

en un mayor ingreso económico al productor, para asegurar la competitividad de la industria nacional en mercados globalizados¹⁴.

En efecto, para poder desarrollar la reproducción de camarones genéticamente mejorados procede, de forma fundamental, contar con la tecnología de cría y levante de reproductores o progenitores de diferentes familias de camarones seleccionados y, de ser el caso, *contando con recursos vivos importados provenientes de cultivos sanos*. En este sentido, se debe perfeccionar y estandarizar la tecnología de cría y levante de reproductores con el fin de asegurar, una vez obtenidas las características deseables de la especie, el ciclo de cultivo cerrado del camarón *litopenaeus vannamei* en Venezuela. La situación cambió en marzo de 2005, como veremos mas adelante.

4. En el estudio realizado, hemos encontrado que en octubre de 2002 se promulgó la Ley de Semillas, Material para la Reproducción Animal e Insumos Biológicos¹⁵ (en adelante identificada como Ley de Semillas), que abarca entre sus objetivos, la promoción de la modernización del sistema de producción de semillas, de materiales para la reproducción animal y de insumos biológicos *“por su valor estratégico, implementando controles de calidad adecuados y mejorando la forma de comercialización para garantizar la seguridad alimentaria de la población”*, así como persigue garantizar a toda persona natural o jurídica, la libertad de participar en una o mas de las actividades de investigación, producción y comercialización de semillas, material de reproducción animal e insumos biológicos, dentro del marco de la libre participación y en igualdad de condiciones, con sujeción a la Ley y sus reglamentos (numerales 2 y 4 del Artículo 1).

Mediante las averiguaciones que hemos llevado a cabo para la realización de este estudio, a través de la Procuraduría General de la República y el propio Ministerio de Agricultura y Tierras, pudimos conocer que el Instituto Autónomo que crea esta Ley de Semillas, no está funcionando por los momentos por falta de previsión presupuestaria y que las funciones atribuidas por la Ley, al menos algunas de ellas, las está ejerciendo el Servicio Autónomo de Sanidad Ambiental del Ministerio de Agricultura. Aunque no compartimos que pueda existir otro instituto autónomo compitiendo con INAPESCA como ente rector de la actividad, debemos advertir que la aplicación de esta Ley a la acuicultura se puede justificar por cuanto al perseguirse un mejoramiento de las cualidades comerciales de la especie cultivada a través de la introducción de ejemplares foráneos -en cualquiera de sus etapas vitales- para el aprovechamiento de su carga genética por las cepas nacionales (supuesto distinto a la introducción de un organismo transgénico o modificado genéticamente a que aluden los artículos 14 al 16 de la Ley) el cultivador deberá atender a lo prescrito en el Capítulo IV de la Ley de Semillas, relativo a la comercialización nacional e internacional de semillas, material para la reproducción animal e insumos biológicos, que comprende los artículos 20 al 26, toda vez que la

14 En tal sentido, en países como Ecuador y Cuba, por ejemplo, los esfuerzos de los cultivadores de camarones para el mejoramiento de las características de la especie, se orienta hacia la perfección de técnicas orientadas a la manipulación artificial de los procesos de selección de camarones para la obtención de sujetos con mayor biomasa. Sobre este aspecto “Perspectivas del mejoramiento del camarón en Ecuador”, por Franklin PÉREZ, en www.cenaim.espol.edu.ec/publicaciones/boletín42/proyectos. En Cuba: Centro de Investigaciones Marinas de la Universidad de la Habana, proyectos e investigaciones sobre cultivo de alimento vivo, reproducción controlada y larvicultura de camarones peneidos en www.hu.cu/acuicultura/proyectos.htm.

15 Vid. *Gaceta Oficial* N° 37.552 de fecha 18 de octubre de 2002.

movilización de estos insumos o germoplasma animal¹⁶ se encuentra supeditada al cumplimiento de los requisitos impuestos por esta Ley (cuando se inicie su ejecución real).

5. La motivación jurídica que fundamente la solicitud de autorización para la importación de nauplios o post-larvas de camarón, debe tomar en cuenta a partir del 28 de marzo de 2005, la *Providencia Administrativa N° 08/2005, emanada del Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura, donde se establecen las condiciones bajo las cuales se regula la importación de ejemplares de camarón de la especie *litopenaeus vannamei* libre de patógenos específicos (SPF) resistentes al virus del taura, en cualquier fase de su ciclo de vida, con fines estrictamente reproductivos*. Se determinó, en enero de 2005, la existencia del virus del Taura en los cultivos camaroneros del país, por lo que esta Providencia regula las condiciones para importar la especie indicada anteriormente, que es resistente al virus Taura, y así recuperar la industria camaronera, que fue afectada seriamente por este virus.

La Providencia en comento define las diferentes modalidades de laboratorios a los fines de la cuarentena a que deben someterse las especies importadas, antes de su incorporación a las piscinas de cultivo. Cada productor o empresa camaronera podrá realizar dos importaciones en el lapso de seis meses, previa la autorización emitida en cada caso por el presidente del Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura (INAPESCA), una vez cumplidos los requisitos establecidos en tal Providencia Administrativa.

Era de esperarse la solución aportada por el ente competente de permitir la importación de la especie resistente al virus del taura, dado que la LPA establece que la acuicultura es una actividad de fomento y que el Estado velará por su protección (artículo 2 y 12, entre otros). Igualmente, la Ley señala que INAPESCA debe autorizar las actividades de captura, extracción, cultivo o *introducción* a los ecosistemas acuáticos de recursos hidrobiológicos legalmente permitidos.

III. ALTERNATIVAS Y CONCLUSIONES

A partir de las anteriores premisas, el diagnóstico de la situación legal de los ejemplares que pretendan introducirse al país para el mejoramiento genético y las alternativas jurídicas viables para su ingreso como material vivo, se resume de la siguiente manera:

No se detectó alguna norma prohibitiva de carácter legal o sublegal que impida la introducción de ejemplares de camarón blanco pertenecientes al género de cultivo conocido como *litopenaeus vannamei*, sino que se han establecido restricciones para su importación, fundadas en un control sanitario estricto que permiten el ingreso sujeto a los parámetros indicados por la Providencia N° DGSPA/422 de noviembre de 1991 del Ministerio de Agricultura y Cría; el Decreto N° 2223 de abril de 1992 y la Resolución N° DM/179 de marzo de 2000 del Ministerio de la Producción y el Comercio.

16 El artículo 4, numeral 27, de la Ley de Semillas define al germoplasma animal como “todo material biológico vivo de procedencia animal, tales como: espermatozoides, óvulos, embriones o animales vivos de cualquier especie y otros considerados como tales destinados a la manipulación, reproducción o dispersión del material genético que contenga”.

En este sentido, se deben observar igualmente las exigencias de la Providencia N° 08/2005, de 25 de marzo, emanada de INAPESCA en aquellos casos de importación de ejemplares de camarón de la especie antes identificada, con fines reproductivos y resistentes al virus mencionado.

QUINTA PARTE
EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO
DEL ESTADO

**§30. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CANTIDADES RETENIDAS POR
CONCEPTO DE IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.
PROCEDIMIENTO PARA SU RECUPERACIÓN Y
POSIBILIDADES DE SU COMPENSACIÓN Y CESIÓN**

Juan Cristóbal Carmona Borjas¹

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y
Universidad Central de Venezuela

I. RÉGIMEN DE RETENCIONES DE IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

1. Breve descripción del mecanismo

Mediante las providencias administrativas identificadas con las siglas y números SNAT/2002/1.418 y SNAT/2002/1.419, emanadas del SENIAT en fecha 15 de noviembre de 2002, con vigencia a partir del 1° de diciembre de ese año, se estableció y definió el régimen de retención, declaración y enteramiento del Impuesto al Valor Agregado (IVA), aplicable a los contribuyentes calificados por la Administración Tributaria de especiales y a los entes públicos nacionales en la última de ellas señalados; con ocasión de las adquisiciones que hicieran de ciertos bienes muebles y la percepción de determinados servicios, de proveedores que calificaran como contribuyentes ordinarios del Impuesto al Valor Agregado.

A los pocos días de haber entrado en vigor, dichos actos fueron nuevamente publicados en *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 5 de diciembre de 2002, con algunas variantes, esta vez, bajo las siglas y números SNAT/2002/1.454 y SNAT/2002/1.455, con vigencia a partir del 1° de enero de 2003.

Recientemente, después de dos largos años de controversia, de numerosos recursos jurisdiccionales interpuestos contra dichos actos, de la formulación de propuestas para su modificación por parte de importantes sectores, así como de una gran expectativa de reformulación del esquema imperante, auspiciada incluso por el mismo SENIAT, se produjo la publicación de dos providencias identificadas erradamente de la misma manera con las siglas y números SNAT/2005/0056, ambas de fecha 27 de enero de 2005, vigentes a partir del 1° de abril de 2005; una, relativa a la designación de ciertos entes públicos como agentes de retención, otra, en la que se designa como tales a los sujetos pasivos, distintos de personas naturales, calificados por la Administración Tributaria como especiales, y a ciertos compradores o adquirentes de metales o piedras preciosas.

¹ Los criterios emitidos por el autor son estrictamente personales y en ningún momento pueden reputarse como posición de la firma KPMG Escritorio Jurídico de la que es Socio, así como tampoco, de la AVDT de la que es Presidente.

Con miras a solventar el error incurrido al identificar a ambos actos de la misma forma, la Administración Tributaria procedió según *Gaceta Oficial* N° 38.188 del 17 de mayo de 2005, a adjudicarle a la providencia que designa a los entes públicos como Agentes de Retención del IVA, la identificación SNAT/2005/0056-A.

Las Providencias Administrativas en sus cuatro primeras versiones fueron objeto de justificados ataques, dado el evidente exceso que representaban respecto de lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado (LIVA) sancionada en el año 2002 que les servía de fundamento. Por tal motivo, la Asamblea Nacional procedió a la reforma de aquella disposición normativa con miras a darle cabida legal al régimen de retención general contemplado en las Providencias Administrativas, tanto desde el punto de vista objetivo, como especialmente en lo subjetivo. No obstante ello, que en el fondo las providencias vigentes siguen quebrantando importantes principios rectores del sistema tributario y desnaturalizando el impuesto en cuestión.

Es así como en la LIVA publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.999 de fecha 11 de agosto de 2004, se reforma al artículo 11 de la ley anterior que limitaba la designación de agentes de retención únicamente a los casos de *vendedores de determinados bienes muebles y receptores de ciertos servicios*, quedando ahora redactado en términos amplios como sigue:

Artículo 11. La Administración Tributaria podrá designar como responsables del pago del impuesto, en calidad de agentes de retención, a quienes por sus funciones públicas o por razón de sus actividades privadas intervengan en operaciones gravadas con el impuesto establecido en esta Ley.

De conformidad con lo previsto en las referidas providencias, en cualquiera de sus versiones, el monto a retener es el que resulte de multiplicar el precio facturado de los bienes y servicios gravados por el 75% de la alícuota impositiva.

Bajo el régimen vigente, en aquellos casos en que el monto del impuesto no esté discriminado en la factura o documento equivalente; o no cumpla los requisitos y formalidades establecidos en las normas tributarias; o el proveedor no esté inscrito en el Registro de Información Fiscal (R.I.F.); los datos de registro, incluido su domicilio, no coincidan con los indicados en la factura o documento equivalente, o cuando el proveedor hubiera omitido alguna de sus declaraciones en materia de IVA, la retención aplicable será del 100% del impuesto causado.

De igual manera, la retención a ser practicada será del 100%, en el caso de compradores o adquirentes de metales o piedras preciosas, cuyo objeto principal sea su comercialización, compra-venta y distribución, aun cuando no hayan sido calificados como sujetos pasivos especiales por el SENIAT.

Establecen las Providencias Administrativas ya identificadas, que el monto retenido no pierde su carácter de *crédito fiscal* para el agente de retención, cuando éstos califiquen como contribuyentes ordinarios de este tributo, pudiendo ser deducido conforme a lo dispuesto en la ley que establece dicho impuesto.

Los proveedores que hayan sido objeto de retención, descontarán el impuesto retenido de la cuota tributaria determinada para el período en el cual se practicó la retención, estableciéndose como condición, que dichos proveedores cuenten con el comprobante de retención que a los efectos haya emitido el agente de retención.

Si el agente de retención no hace entrega del respectivo comprobante en el período impositivo en el cual se practicó la retención, el proveedor podrá descontar el impuesto retenido de la cuota tributaria determinada para el período en el cual se produjo la entrega del comprobante.

En aquellos casos en que el impuesto retenido sea superior a la cuota tributaria del período de imposición respectivo, el excedente no descontado puede ser traspasado a los períodos impositivos sucesivos, hasta su descuento total, pudiendo el contribuyente optar por solicitar la recuperación de dicho excedente ante el SENIAT, si transcurridos tres (03) períodos impositivos aun subsiste algún excedente sin descontar.

Sólo serán recuperables las cantidades que hayan sido debidamente declaradas y enteradas por los agentes de retención y se reflejen en el estado de cuenta del contribuyente, previa compensación de oficio conforme a lo establecido en el artículo 49 del Código Orgánico Tributario.

En los casos de ajustes de precios, si se trata de un aumento que implique un incremento del impuesto pagado, se debe practicar la retención correspondiente sobre el aumento; si es una disminución, el agente de retención estará en la obligación de devolver al proveedor el exceso del impuesto retenido que aun no haya sido enterado. Si en este último supuesto, al momento del ajuste el agente de retención ya enteró el impuesto retenido en exceso, el proveedor podrá solicitar el reintegro del mismo ante el SENIAT o descontarlo de la cuota tributaria para el período en el cual se practicó la retención o en los sucesivos. En los casos antes descritos, en que ha mediado el pago indebido de un tributo, el reintegro de tales cantidades ha de lograrse a través del procedimiento de recuperación previsto en las comentadas Providencias Administrativas, al que nos referiremos más adelante.

Igualmente, cuando exista una retención practicada indebidamente, si el monto retenido, aún no ha sido enterado, el proveedor tiene acción de devolución en contra del agente de retención, sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que haya lugar. Si por el contrario, el impuesto retenido de manera indebida ya fue enterado, el proveedor podrá descontarlo de la cuota tributaria, sin perjuicio del derecho a solicitar la recuperación del mismo por ante el SENIAT, siguiendo el procedimiento a tales efectos previsto en las Providencias.

La oportunidad para practicar la retención, de conformidad con lo previsto en las Providencias Administrativas, es al momento de efectuarse el pago o abono en cuenta, lo que ocurra primero.

De acuerdo con aquellos actos, son dos las oportunidades en las cuales deberá efectuarse el enteramiento de las retenciones practicadas:

1. Cuando la retención tenga lugar entre los días 1° y 15 de cada mes, ambos inclusive, debe procederse a enterar las cantidades correspondientes dentro de los primeros 5 días hábiles siguientes a la última fecha mencionada, conforme al calendario de declaraciones y pagos de los sujetos pasivos calificados como especiales.

2. Las retenciones que se practiquen entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, deben enterarse dentro de los primeros 5 días hábiles del mes inmediato siguiente, conforme al cronograma previsto en el citado calendario.

Asimismo, establecen estas Providencias Administrativas emanadas del SENIAT, el procedimiento que deben seguir los agentes de retención para enterar los impuestos retenidos y la información que deben contener los comprobantes de retención, los cuales deben emitirse y ser entregados en el período de imposición en que se practiquen las mismas.

Cuando el agente de retención efectúe más de una operación mensual con el mismo proveedor, podrá optar por emitir un comprobante único en el cual se relacionen todas las retenciones efectuadas en dicho período de imposición. Para estos casos, el comprobante deberá entregarse al proveedor dentro de los tres (03) primeros días continuos del período de imposición siguiente.

Los agentes de retención deben inscribirse en el Portal <http://www.seniat.gov.ve>, así como llevar los Libros de Compras mediante medios electrónicos, cumpliendo con las características y especificaciones que al efecto establezca el SENIAT en su página Web.

A través del mencionado Portal, deberán adicionalmente presentar una declaración informativa de las compras y de las retenciones practicadas durante el período de que se trate.

Igualmente, los proveedores deberán identificar de forma discriminada en los Libros de Ventas, las ventas de bienes o prestaciones de servicios efectuadas a los agentes de retención, para lo cual deben seguir las especificaciones que al efecto establezca el SENIAT en su página Web.

II. EFECTOS ECONÓMICOS

La obligación que imponen las Providencias Administrativas que designan agentes de retención del IVA en cualquiera de las versiones que han estado vigentes, de retener el 75% o el 100% del impuesto causado, puede llegar a traducirse en saldos a favor de quienes actúan con carácter de proveedores, fundamentalmente en aquellos casos en los que la suma mensual de los débitos fiscales de los que estos sean titulares en cada período (originados por las ventas de bienes y/o prestación de servicios) no supere a sus créditos fiscales (originados por las compras de bienes o percepción de servicios). Las retenciones practicadas por el comprador (contribuyente de hecho) a quien se califica como proveedor en los términos de las Providencias Administrativas (contribuyente de derecho), en escenarios como el descrito, le impedirán a este último en mayor medida, la recuperación del importe del tributo por él soportado en su condición de consumidor, haciendo ilusoria la posibilidad de ver gravada respecto de su persona, únicamente el valor por él añadido en la operación de venta o de prestación de servicios de la que es parte activa. Si bien es cierto, que el tributo se sigue trasladando al consumidor (contribuyente de hecho), por tener éste que detraer de su patrimonio un monto equivalente al impuesto causado, que ahora en lugar de ser entregado íntegramente al proveedor (contribuyente de derecho), es enterado al Tesoro Nacional, parcial (75%) o totalmente (100%), según sea el caso; no es menos verdad, que al impedírsele al contribuyente de derecho (proveedor), la inmediata y total recuperación del tributo por él soportado, se desnaturaliza el carácter de impuesto indirecto al consumo del tipo plurifásico no acumulativo que tiene el IVA en el país, produciéndose en aquel sujeto un impacto económico altamente negativo, llegando en algunos casos a impedirle la realización del giro normal de su actividad.

La existencia de créditos por montos superiores a los débitos es frecuente cuando hay ventas exentas, cuando los insumos son gravados con alícuotas más elevadas (14%) que las ventas (8%), cuando se está en un período de inversiones de bienes de capital, en situaciones en las que la economía se encuentra estancada, superando la oferta a la demanda, o cuando el valor agregado en un eslabón específico de la cadena de comercialización o producción es muy bajo. Medidas como las adoptadas por el SENIAT en materia de retenciones de IVA, tienen un efecto anti-inversión, muy lejano a lo que se requiere actualmente en el país, pues origina como ya explicamos, la imposibilidad material de recuperar íntegramente el impuesto soportado, al menos en un tiempo financieramente largo.

El efecto perverso de este régimen se acrecienta en la medida en que la correlación entre créditos y débitos se mantiene inalterada durante varios períodos fiscales, en tanto se va produciendo una acumulación cada vez mayor de cantidades retenidas no aprovechables contra el impuesto, al no haber cuota tributaria o ser ésta de menor cuantía. Este efecto no se limita al caso de contribuyentes con más créditos que débitos, en tanto también se registra en el supuesto inverso, sólo que algo atenuado.

Consciente de la situación que estaba propiciando la Administración Tributaria con su medida, ésta en las diversas versiones de las Providencias que ha emitido, estableció que: “En los casos en que el impuesto retenido sea superior a la cuota tributaria del período de imposición respectivo, el excedente no descontado puede ser traspasado al período de imposición siguiente o a los sucesivos, hasta su descuento total. Si transcurridos tres (3) períodos de imposición aún subsiste algún excedente sin descontar, el contribuyente puede optar por solicitar la recuperación de dicho monto al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).”

En las Providencias Administrativas SNAT/2005/0056 y N° SNAT/2005/0056-A, vigentes a partir del 1° de abril de 2005, adicionalmente se supeditó tal derecho a que las cantidades a ser retenidas hayan sido debidamente declaradas y enteradas por los agentes de retención y se reflejen en el estado de cuenta del contribuyente, previa compensación de oficio conforme a lo establecido en el artículo 49 del Código Orgánico Tributario.²

La medida anterior, más allá de las reservas que nos merece la eficacia del sistema de recuperación ante la Administración Tributaria, dadas las demoras que tradicionalmente ha registrado, amerita especial análisis jurídico, por los excesos que pueden llegar a suponer los términos en que aquella oponga la compensación.

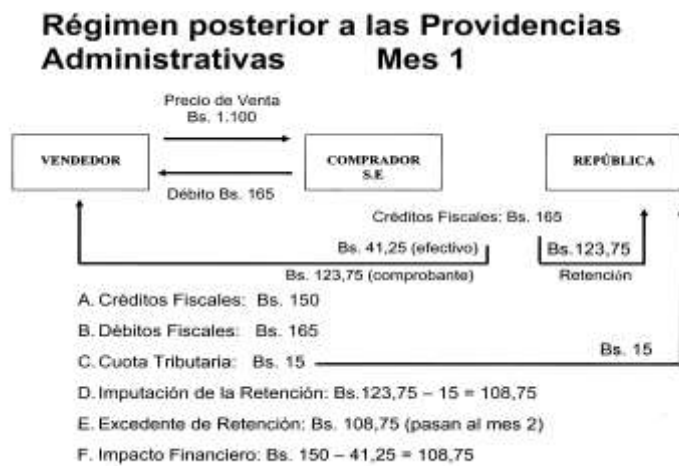
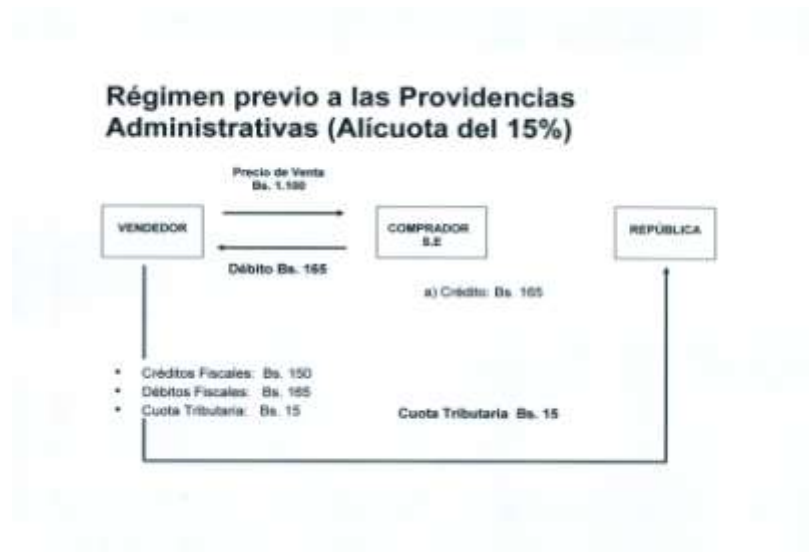
Las Providencias Administrativas al adoptar un régimen de retención del 75% o del 100% del monto del impuesto, pueden romper temporalmente los efectos económicos reales del traslado del tributo, en tanto el contribuyente de derecho (vendedor o prestador de servicios -proveedor-) deja de percibir total o parcialmente el monto equivalente al débito fiscal, teniendo que recurrir a sus propios recursos, que no a los del consumidor (retenidos y enterados), para afrontar el pago de la cuota líquida del impuesto, en caso de que los débitos superen los créditos en un período impositivo determinado y, la cuota tributaria resultante sea superior al 25% no retenido, o no se haya obtenido oportunamente el comprobante. También es posible que en períodos en los que no haya cuota tributaria a pagar, la República reciba un ingreso al que bajo la ley no tiene derecho, sin que el contribuyente de *jure* reciba la cantidad que permita en ese momento limitar el gravamen únicamente al valor por él añadido en el proceso comercial.

A manera de ilustrar lo antes señalado, nos permitimos ejemplificar los efectos que genera la aplicación de este sistema de retención previsto en las Providencias Administrativas, limitándonos al caso de contribuyentes con débitos mayores que créditos, advirtiendo como ya indicáramos, que similar impacto aunque atenuado, se produce en el caso de que los créditos superen los débitos, pero en proporción menor al 75% o al 100% aplicado:

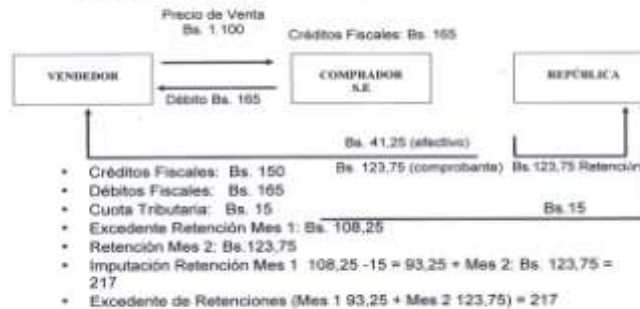
2 Artículo 49: La compensación extingue de pleno derecho y hasta su concurrencia, los créditos no prescritos, líquidos y exigibles del contribuyente, por concepto de tributos, intereses, multas y costas procesales, con las deudas tributarias por los mismos conceptos, igualmente líquidas, exigibles y no prescritas, comenzando por las más antiguas, aunque provengan de distintos tributos y accesorios, siempre que se trate del mismo sujeto activo (...).

Por su parte, la Administración podrá oponer la compensación frente al contribuyente, responsable o cesionario, a fin de extinguir, bajo las mismas condiciones, cualesquiera créditos invocados por ellos.

1. Escenario previo a las Providencias Administrativas:



Régimen Posterior a las Providencias Administrativas Mes 2



Régimen Posterior a las Providencias Administrativas Mes 3



A través de este sencillo ejemplo pudimos observar, como la cantidad acumulada por concepto de retenciones no aprovechadas cada vez es mayor, no guardando proporción alguna con el monto del impuesto efectivamente debido en cada período de imposición.

La Administración Tributaria a través de las Providencias en referencia, que son actos administrativos, por ende de rango sublegal, alteró totalmente la definición, estructura y naturaleza del IVA regulado por la Ley publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.601 Extraordinario del 30 de agosto de 2002, que desde esta perspectiva se mantienen inalteradas con la LIVA sancionada el 11 de agosto de 2004, quebrantándose así el Principio de Legalidad Tributaria consagrado en el Artículo 317 de la Carta Magna, al permitir exigir un impuesto no previsto en una ley y en cantidades muy superiores; independientemente de que después tenga que ser reintegrado.

El privar al contribuyente del tributo, de recibir del consumidor en efectivo y de manera íntegra, el importe del impuesto, y la consecuente acumulación de cantidades retenidas, a veces, de cada vez más difícil imputación contra la cuota tributaria de períodos impositivos subsiguientes; aunado a la poco confiable de la alternativa de recuperar esas cantidades del Tesoro Nacional en el término legal, tornan además confiscatoria la medida, haciéndola injustificada y contraria a la Constitución, específicamente en sus artículos 115 y 317.

III. PROCEDIMIENTO DE RECUPERACIÓN

1. Consideraciones preliminares

La problemática que a lo largo de los años ha venido registrando en Venezuela la posibilidad por parte de cierta categoría de contribuyentes, dentro de ella, muy especialmente la de los exportadores, de hacer efectivo el derecho de recuperación de tributos consagrado en diversas leyes; así como las particularidades que encierran los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico a tales efectos; los medios empleados para materializar tal devolución (CERT); y el tiempo que el logro del objetivo conlleva, ponen en duda su efectividad para restablecer la situación financiera del contribuyente de IVA que ha sido objeto de retenciones.

Los niveles de demora en la culminación de los procedimientos de recuperación, aunados, por una parte, a la galopante devaluación de la moneda venezolana, que en los últimos dos años ha perdido valor respecto del dólar, en treinta y dos por ciento (32%), y por la otra, a una inflación acumulada en esos mismos años de aproximadamente cuarenta y seis por ciento (46%), permiten concluir sin necesidad de mayores análisis, que desde el punto de vista económico los diversos procedimientos de recuperación que están siendo instrumentados en Venezuela, de los cuales el de retenciones de IVA no constituye una excepción; atentan contra derechos y garantías constitucionales, entre ellos, la libre empresa, la propiedad y la no confiscación.

2. Etapas relevantes del proceso de recuperación de retenciones de IVA

Tal como hemos señalado, tanto el artículo 11 de la LIVA como las Providencias Administrativas aquí comentadas, indican que en los casos en los que el importe de la retención sea superior a la cuota tributaria del período de imposición que corresponda según los supuestos previstos en esa normativa, el excedente no descontado puede ser traspasado al período de imposición siguiente o a los sucesivos hasta su descuento total. Si transcurridos tres períodos de imposición aún subsiste algún excedente sin descontar, el contribuyente puede optar por solicitar la recuperación de dicho monto al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

Antes de la entrada en vigencia de las Providencias Administrativas N° SNAT /2005/0056 y N° SNAT/2005/0056-A, los instrumentos que regulaban la materia guardaban silencio en cuanto a las particularidades del procedimiento de recuperación, de ahí que tuviera que recurrirse al general regulado por el Código Orgánico Tributario. Hoy en día, con base en lo dispuesto en el artículo 200 de ese mismo instrumento, según el cual, median-

te leyes especiales (LIVA) y demás disposiciones de carácter tributario, se podrán establecer procedimientos particulares de recuperación, las Providencias Administrativas N° SNAT/2005/0056 y N° SNAT/2005/0056-A, regulan el procedimiento especial respecto de las retenciones que no se hubieren podido imputar a la cuota tributaria en por lo menos tres períodos fiscales.

En materia de recuperación de retenciones de IVA, más allá de lo dispuesto por las Providencias Administrativas, cabe destacar lo consagrado por el artículo 11 de la LIVA sancionada en agosto de 2004, según el cual:

Los contribuyentes ordinarios podrán recuperar ante la Administración Tributaria, los excedentes de retenciones que correspondan, en los términos y condiciones que establezca la respectiva Providencia. Si la decisión administrativa resultare favorable, la Administración Tributaria autorizará la compensación o cesión de los excedentes. La compensación procederá contra cualquier tributo nacional, incluso contra la cuota tributaria determinada conforme a lo establecido en esta Ley.

Como indicáramos, en la etapa inicial del régimen de retenciones de IVA, el procedimiento para su recuperación no fue regulado por la LIVA ni por las providencias que instauraron el sistema, cosa que sí ocurría para supuestos distintos en materia de exportadores, contribuyentes en etapa preoperativa y funcionarios diplomáticos y consulares, incluso posteriormente desarrollados individualmente a través de actos administrativos emanados del SENIAT y del Ministerio de Finanzas. En tal virtud, si atribuimos carácter de crédito tributario a las cantidades retenidas, premisa esta que más adelante fundamentaremos, la aplicación respecto de ellas, del procedimiento general de recuperación contemplado entre los artículos 200 y 207 del Código Orgánico Tributario, resultaba aplicable, como en efecto lo sostuvo la Administración Tributaria en consultas evacuadas por la Gerencia Jurídico Tributaria del SENIAT.

Hoy en día, las Providencias Administrativas N° SNAT/2005/0056 y SNAT/2005/0056-A si desarrollan el procedimiento especial de recuperación, aplicando la normativa reguladora del procedimiento general contenido en el Código Orgánico Tributario, únicamente en aquellos aspectos en los que aquél resulte insuficiente o haya hecho remisión expresa.

Dado el considerable número de procedimientos de recuperación iniciados con anterioridad a la adopción del régimen actual, vale referirse a ambos escenarios.

- Régimen previo al 1° de abril de 2005:

El procedimiento general se inicia a petición del contribuyente y supone la apertura de un expediente en el que se recopilan todos los recaudos y documentos necesarios para su tramitación.

La Administración Tributaria comprueba los supuestos de procedencia de la recuperación solicitada.

La decisión que acuerde o niegue la recuperación será dictada dentro de un lapso no superior a sesenta (60) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la aceptación de la solicitud, o de la notificación del acta de reparo levantada con ocasión de la fiscalización que haya habido necesidad de iniciar al detectarse incumplimientos en el procedimiento de recuperación (caso este en el que el proceso se podrá suspender hasta por noventa días continuos).

Contra la decisión que acuerde o niegue la recuperación podrá interponerse el recurso contencioso tributario previsto en el Código Orgánico Tributario. Tal decisión tampoco limitará las facultades de fiscalización y determinación de la Administración Tributaria.

Las cantidades objeto de recuperación podrán ser entregadas a través de certificados especiales físicos o electrónicos.

Una vez entregadas las cantidades recuperadas en dinero en efectivo o a través de certificados, si la Administración Tributaria determinase con posterioridad la improcedencia total o parcial de la recuperación acordada, solicitará de inmediato la restitución de las cantidades indebidamente pagadas con inclusión de los intereses que se hubieren generado desde su indebido otorgamiento hasta su restitución definitiva, los cuales serán equivalentes a 1.3. veces la tasa activa promedio de los seis (6) principales bancos comerciales y universales del país con mayor volumen de depósitos, excluidas las carteras con intereses preferenciales, aplicable respectivamente, por cada uno de los períodos en que dichas tasas estuvieron vigentes, y sin perjuicio de la aplicación de las sanciones previstas en el Código.

La obtención de devoluciones indebidas de impuesto es considerada un ilícito material, sancionado con multa entre el 50% y el 200% de las cantidades indebidamente obtenidas. Tales sanciones pueden ser impuestas sin perjuicio de que adicionalmente se configure con aquél proceder el ilícito de defraudación, que supone pena de prisión entre cuatro (4) y ocho (8) años.

No obstante lo anterior, la Administración Tributaria podrá optar por deducir las cantidades indebidamente acordadas de las siguientes solicitudes presentadas por el contribuyente, o ejecutar las garantías que se hubieren otorgado.

Si la Administración Tributaria no decidiera dentro del lapso indicado anteriormente (60 días o 60 días más 90 días), se considerará que ha resuelto negativamente, en cuyo caso el contribuyente o responsable quedará facultado para interponer el Recurso Contencioso Tributario.

Vemos pues como para recuperar cantidades retenidas bajo el régimen anterior era necesario ante todo, que hubieran transcurrido tres períodos impositivos (3 meses) sin que se hubieran podido utilizar totalmente tales cantidades. Adicionalmente, se hacía necesario iniciar un procedimiento de recuperación, que por no haber sido para aquel entonces desarrollado por la Administración Tributaria, se sujetaba a lo previsto en la Sección Octava del Capítulo III del Título IV del Código Orgánico Tributario. Este procedimiento de recuperación como cualquier otro, supone un pronunciamiento de la Administración Tributaria.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de los exportadores en el que la providencia dictada por la Administración Tributaria, en la que se reconoce el derecho a recuperar los créditos de los que se es titular, no puede ser objeto de actos de disposición por parte de su titular; en el caso de las retenciones de IVA, en tanto el precitado artículo 11 de la LIVA así lo establece, emitida aquella en términos favorables, la Administración Tributaria autorizará la compensación o cesión de las cantidades en ella reconocidas como recuperables.

El pronunciamiento de la Administración Tributaria no será definitivo, en tanto podrá ser por ella objetado y revocado, declarando la improcedencia total o parcial del derecho reconocido. En este caso, el beneficiario deberá devolver lo pagado indebidamente con los intereses que se hubieren generado y las sanciones que se hubiesen impuesto.

- Régimen imperante a partir del 1° de abril de 2005

Al igual que bajo el régimen anterior, el contribuyente de IVA podrá optar por recuperar total o parcialmente los excedentes de impuesto retenido que no haya podido descontar de la cuota tributaria durante por lo menos 3 períodos de imposición. Se señala sin

embargo que, sólo serán recuperables las cantidades que hayan sido debidamente declaradas y enteradas por los agentes de retención y se reflejen en el estado de cuenta del contribuyente, previa compensación de oficio conforme a lo establecido en el artículo 49 del Código Orgánico Tributario.

La recuperación se inicia de oficio por ante la División de Recaudación de la Gerencia Regional de Tributos Internos del domicilio fiscal del contribuyente, pudiendo presentarse únicamente una solicitud mensual.

En la misma solicitud a ser presentada, el requirente deberá indicar, para el caso de que se decida favorablemente, su intención de compensar o ceder el importe del derecho reconocido, identificando tributos, montos y cesionario; y el tributo sobre el cual el cesionario efectuará la imputación respectiva.

El Jefe de División de Recaudación correspondiente, deberá decidir la solicitud con la totalidad de los recaudos exigidos dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha de recepción definitiva de la solicitud. Las recuperaciones acordadas no menoscaban las facultades de verificación y fiscalización de la Administración Tributaria.

En caso de falta de pronunciamiento por parte de la Administración Tributaria dentro de los plazos establecidos en la providencia, es decir, dentro de los treinta (30) días antes referidos, se entenderá que el órgano tributario ha resuelto negativamente, conforme al artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, quedando abierta la posibilidad para el contribuyente de interponer recurso contencioso tributario.

En los casos en que la División de Recaudación, al decidir la recuperación solicitada por el contribuyente, detecte diferencias de impuestos autoliquidados por los sujetos pasivos, procederá a ejecutar lo establecido en los artículos 172 al 175 del Código Orgánico Tributario, y efectuará los requerimientos de información que considere pertinentes para la resolución de dicha solicitud.

Las Providencias N° SNAT/2005/0056 y N° SNAT/2005/0056-A al regular el procedimiento de recuperación de retenciones de IVA hacen expresa referencia al caso de solicitudes relativas a saldos acumulados de períodos anteriores a su entrada en vigencia. Al respecto señalan que la Administración Tributaria deberá pronunciarse respecto de ellas en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles contados a partir de la fecha de recepción definitiva de la solicitud, sin especificar si tal procedimiento se regirá por la normativa del Código Orgánico Tributario, que sería lo lógico, o por el contrario, si pretenden sujetarlo a la nueva normativa.

En cuanto al plazo establecido en las Providencias Administrativas, surgen dos interrogantes evidentes, la primera, por qué si para las nuevas solicitudes se concede a la Administración Tributaria un plazo de treinta (30) días hábiles para pronunciarse, para las demás se triplica el lapso. La segunda, más grave aún, por qué si aquellos procedimientos en principio se regirán por el Código Orgánico Tributario, en el que se concede un lapso de sesenta (60) días hábiles para decidir sobre este tipo de requerimientos, estas Providencias Administrativas lo extienden a noventa (90) días hábiles, salvo que tal término se entienda aplicable únicamente a solicitudes introducidas después del 1° de abril de 2005 respecto de cantidades correspondientes a períodos previos a esa fecha, lo que sería igualmente criticable, en tanto debieran tratarse de igual manera que a las posteriores, es decir, para ser decididas en treinta (30) días hábiles.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CANTIDADES RETENIDAS

Si nos conformáramos como estudiosos del tema tributario con lo hasta ahora expuesto y aceptáramos que las únicas alternativas con las que cuenta el proveedor que ha sido objeto de retención son las de trasladar los excedentes a períodos subsiguientes o iniciar el procedimiento de recuperación en los términos previstos en las Providencias Administrativas n° SNAT/2005/0056 y n° SNAT/2005/0056-A, estaríamos siendo superficiales, obviando la verdadera esencia del problema y negando de antemano el pleno ejercicio de los derechos de los contribuyentes incididos por este muy criticado régimen, que como vimos produce evidentes y graves efectos negativos.

Para ir más allá de lo aparente, resulta necesario adentrarse en la determinación de la naturaleza jurídica de las cantidades retenidas, para lo que el primer paso a dar a tales fines ha de ser la diferenciación de una serie de institutos vinculados con el cálculo del IVA.

A tales efectos debemos comenzar por referirnos a la llamada *base imponible* del impuesto, entendida como la magnitud que se mide en números, que cuantifica al hecho generador. Esta es distinta al monto a ser pagado por el contribuyente como impuesto, por corresponder ello, a la fase de liquidación.

De acuerdo con el artículo 20 de la LIVA, la base imponible del impuesto en los casos de ventas de bienes muebles, sea de contado o a crédito, es el precio facturado del bien, siempre que no sea menor del precio corriente en el mercado, caso en el cual la base imponible será este último precio.

Por su parte, el artículo 21 *ejusdem* señala que, cuando se trate de la importación de bienes gravados, la base imponible será el valor en aduanas de los bienes, más los tributos, recargos, derechos compensatorios, derechos antidumping, intereses moratorios y otros gastos que se causen por la importación.

Finalmente, en lo que respecta a servicios gravados, la base imponible la representa, sean estos nacionales o provenientes de exterior, el precio total facturado a título de contraprestación, y si dicho precio incluye la transferencia o suministro de bienes muebles o la adhesión de éstos a bienes inmuebles, el valor de los bienes muebles se agregará a la base imponible en cada caso.

Otra figura que amerita ser traída a colación a los fines aquí perseguidos es la de la *Cuota Tributaria* a la que el artículo 32 de la LIVA concibe como el monto de impuesto a pagar que resulte de deducirle a los créditos fiscales los débitos fiscales que se registren en cada período impositivo, donde el *débito fiscal* es el producto de aplicar la alícuota sobre la base imponible en cada operación gravada, recayendo su titularidad en cabeza del vendedor de bienes muebles o del prestador de servicios gravados; mientras que el *crédito fiscal* resulta del traslado, hecho por el contribuyente, de un importe equivalente al del débito, a quienes funjan como adquirentes o receptores de los bienes o servicios gravados.

Las retenciones a que se refieren las Providencias Administrativas son practicadas por el consumidor o receptor del bien o servicio gravado de que se trate, sobre las cantidades que él soporta y que ha de entregar al contribuyente del IVA, que lo harán a él titular de un crédito fiscal y al vendedor o prestador del servicio gravado, de un débito fiscal. A pesar de que la retención se efectúa respecto del importe del crédito fiscal, que es el mismo monto del débito fiscal, estos no son equiparables, como de seguidas demostraremos.

El débito fiscal se produce con la sola realización del hecho imponible por parte del contribuyente, tenga lugar o no el traslado de su importe al consumidor del bien o receptor del servicio gravado. El débito por consiguiente, es un instituto totalmente ajeno en su nacimiento al reconocimiento que se haga del crédito fiscal respecto del consumidor o receptor del servicio gravado y de la retención que éste deba efectuar, no obstante que en condiciones normales, unos deben generar a los otros y todos se encuentran interrelacionados.

Por su parte, el crédito fiscal nace cuando el importe del tributo indicado en la factura o documento equivalente a efectos de su traslación, es efectivamente soportado por el adquirente de los bienes o receptor de los servicios y éste a su vez es un contribuyente ordinario del IVA.

Cuando los débitos fiscales del período mensual de que se trate superen a los créditos fiscales que se registren para ese mismo período, habrá cuota tributaria y por ende impuesto a pagar. Si por el contrario, los créditos fiscales superan a los débitos, el excedente que de ellos resulte por no ser susceptibles de ser transferidos a terceros, por así prohibirlo el artículo 41 de la LIVA y el Parágrafo Único del artículo 49 del Código Orgánico Tributario, únicamente podrán ser trasladados a períodos impositivos posteriores, hasta que se den las condiciones para su deducibilidad.

Visto entonces, como el débito y el crédito son meros elementos técnicos concebidos por el legislador como herramientas para la determinación de la cuota tributaria, y ésta el importe del tributo a ser pagado por el contribuyente, queda claro, que la retención no puede confundirse en ningún momento con los dos primeros.

Cabe aquí entonces preguntarse, si es posible equiparar las cantidades retenidas con la cuota tributaria, lo que es lo mismo que decir que se tratan de un tributo, sólo que una, claro está, es un anticipo acreditable y la otra, una obligación adeudada. A tales fines comenzaremos por hacer algunas referencias generales a la figura de la retención, para luego destacar algunas particularidades del régimen consagrado en las Providencias Administrativas antes identificadas.

“Suele ser práctica común que el ordenamiento tributario imponga a determinados deudores del sujeto pasivo tributario que realiza el presupuesto de hecho de algún tributo, la obligación de descontar una parte determinada del importe de su deuda en el momento de hacer su pago para ingresarla en el Tesoro.”³

La retención constituye un método para la recaudación del impuesto del que se trate. En materia de retenciones, la doctrina expresa que “el pago efectuado mediante retención es a cuenta de lo que en definitiva el contribuyente pagará globalmente como ganancia imponible, y la suma retenida será computada dentro de esa ganancia total gravable...”⁴

Cuando se contempla en determinada legislación la figura de la retención, puede ser concebida o bien como una garantía del cumplimiento de la obligación tributaria o como un pago anticipado del tributo. En el primer caso, la retención constituye una garantía real, que se materializa con la entrega de las cantidades retenidas al Fisco y cuyo enteamiento garantizaría la obligación principal de pago del tributo que se origine al final

3 JIMÉNEZ, M., “Régimen Jurídico de la relación entre el retenedor y el retenido: el deber de retener la obligación de soportar la retención”, obra publicada en el libro *Sujetos Pasivos y Responsables Tributarios*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 541.

4 VILLEGAS, H., *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 53.

del período impositivo. En el segundo caso, se percibe esta figura como “un pago anticipado de impuesto, por cuya virtud el sujeto retenido, sin que aún pueda determinar si al final del ejercicio tendrá la obligación de pagar el impuesto, está obligado a permitir que el agente de retención ampute de la cantidad de dinero que le será pagada, una determinada porción para ser ingresada al Fisco, como anticipo por la eventual causación del tributo.”⁵

Refiriéndonos al régimen de retenciones del IVA en específico, vale recordar que el monto a retener será el que resulte de multiplicar el precio facturado de los bienes y servicios por el 75% o 100% de la alícuota impositiva. Tal cantidad será susceptible únicamente de ser imputada o deducida de lo adeudado por concepto de cuota tributaria.

En aquellos casos en que el impuesto retenido sea superior a la cuota tributaria del período de imposición respectivo, el excedente no descontado puede ser traspasado a los períodos impositivos sucesivos, hasta su descuento total, pudiendo el contribuyente optar por solicitar la recuperación de dicho excedente ante el SENIAT, si transcurridos tres (03) períodos impositivos aún subsiste algún excedente sin descontar.

De lo anterior se desprende que las cantidades retenidas son en principio consideradas como anticipos del impuesto, de ahí que puedan rebajarse de la cuota tributaria adeudada por el contribuyente respecto del cual aquellas se practicaron.

Refiriéndonos en concreto al régimen contemplado en las Providencias Administrativas N° SNAT/2005/0056 y N° SNAT/2005/0056-A, los proveedores que hayan sido objeto de retenciones, descontarán las cantidades retenidas de la cuota tributaria determinada para el período en el cual se practicó la retención, estableciéndose como condición para ello, que dichos proveedores cuenten con el comprobante de retención que a los efectos haya emitido el agente de retención.

De lo dispuesto por las Providencias Administrativas se colige con absoluta claridad, que la cantidad retenida es equiparable al impuesto a pagar, en tanto su imputación es contra la cuota tributaria, es decir, contra lo que resulte de restar créditos y débitos, que no es otra cosa que el IVA adeudado a la República.

Lo anterior como señaláramos, lo ha venido adicionalmente a confirmar la reciente reforma de la LIVA, cuando en su artículo 11, no sólo contempla la posibilidad de recuperar los excedentes de retenciones que correspondan, en los términos y condiciones que establezca la respectiva Providencia, sino también, que de resultar favorable la decisión administrativa con ocasión a la recuperación, podrá compensarlos o cederlos. Tal compensación procederá contra cualquier tributo nacional, incluso contra la cuota tributaria determinada conforme a lo establecido en la LIVA.

El pronunciamiento favorable de la Administración Tributaria con ocasión al procedimiento de recuperación reconoce la existencia de un derecho público subjetivo de naturaleza patrimonial, del tipo obligacional y de origen legal, del que es titular el contribuyente reclamante.

El sólo hecho de estar subsumido en los supuestos fácticos establecidos por el ordenamiento jurídico, hace nacer en cabeza del contribuyente el derecho a exigir el reconocimiento de un crédito. No recae sobre la Administración la potestad de declarar o no, el surgimiento del derecho, al causarse éste automáticamente una vez cumplidos los extremos de Ley. Tal labor de la Administración para constatar el cumplimiento de las condi-

5 FRAGA, L. y otros. “La retención en el Impuesto sobre la Renta”, Caracas, 2002, pp. 23-25.

ciones a las que se supedita el reconocimiento del derecho, así como, la determinación en base a ellas de la cuantía del crédito causado, no debe entenderse como una de tipo discrecional, sino normada, que además no debe concebirse ni ejecutarse como un control previo al que haya de supeditarse el ejercicio de actos de disposición respecto de los derechos que aquellos representan, proceder de otra forma quebrantaría como en efecto consideramos ocurre en la normativa actual, disposiciones legales de rango superior y de aplicación preferente, aspecto este al que más adelante nos referiremos.

El impedir el pleno ejercicio del derecho de crédito que tiene el contribuyente contra el Estado se traduciría en el desconocimiento de derechos adquiridos por el administrado, susceptible de desencadenar la interposición por su parte de acciones contra la República.

Partiendo de lo dispuesto en los artículos 49 y 50 del Código Orgánico Tributario, son precisamente los créditos no prescritos, líquidos y exigibles, por concepto de tributos, intereses, multas y costas procesales, los susceptibles de ser compensados o cedidos; resultando forzoso concluir que el derecho de crédito reconocido en la providencia dictada por la Administración Tributaria con ocasión al procedimiento de recuperación, es sin duda equiparable a un crédito por concepto de tributo, ya que es obvio por un lado, que no puede encuadrarse dentro de alguno de los accesorios a que aluden los precitados artículos, así como tampoco equipararse al crédito y débito fiscal, elementos técnicos de la determinación del IVA; y por el otro, porque sólo en ese escenario tiene sentido haber reconocido respecto de ellos, tales actos de disposición (cesión y compensación).

Lo anterior lo reconfirma además lo dispuesto en las Providencias Administrativas N° SNAT/2005/0056 y N° SNAT/2005/0056-A al señalar que “Sólo serán recuperables las cantidades que hayan sido debidamente declaradas y enteradas por los agentes de retención y se reflejen en el estado de cuenta del contribuyente, *previa compensación de oficio conforme a lo establecido en el artículo 49 del Código Orgánico Tributario*” (Resaltado agregado nuestro); en tanto la Administración Tributaria únicamente podrá compensar lo que adeuda por retenciones en exceso con lo que ese mismo contribuyente reclamante le debe por tributos y accesorios; lo que conduce forzosamente a concluir que lo por ella adeudado tiene carácter de crédito tributario para el contribuyente.

Al respecto debemos reiterar, que no sólo las Providencias Administrativas reconocen la posibilidad de imputar las retenciones contra la cuota tributaria del IVA, disminuyendo por tanto la cantidad a pagar, sino que permiten también que transcurridos tres meses sin haberlas podido utilizar íntegramente, se inicie un procedimiento de recuperación que de ser declarado con lugar se traduce en el reconocimiento de un derecho de crédito oponible en compensación contra cualquier tributo e incluso cesible a terceros.

Adicionalmente se contempla a nivel de la LIVA la posibilidad de gestionar su recuperación, lo que sólo procede respecto de los tributos, como también únicamente respecto de ellos y sus accesorios, pueden efectuarse las cesiones y las compensaciones a que ese mismo instrumento legal alude en su artículo 11.

Con base en lo anterior, podría entonces sostenerse con absoluta claridad que, por la dinámica del IVA, lo dispuesto en la ley de su creación, en el Código Orgánico Tributario y en las Providencias Administrativas que establecen el régimen de retenciones, en principio las cantidades retenidas, como ocurre generalmente con cualquier impuesto en el que se instrumentan regímenes de retención, no son más que anticipos de aquél y por tanto igualmente tributos.

En lo que respecta al carácter de créditos líquidos y exigibles que tienen las retenciones, vale analizar el tema en dos momentos distintos, el primero, cuando efectuada la retención y teniendo en su poder el proveedor el comprobante de retención la imputa contra la cuota tributaria y resulta de tal operación un excedente, y el segundo, cuando transcurridos tres meses de haberse practicado la retención, igualmente se registra un sobrante de la cantidad retenida.

A tales fines vale recordar sentencias de nuestro Máximo Tribunal, entre ellas, la dictada en el caso *C.A. Editorial El Nacional* en la que se estableció que un crédito tributario es líquido cuando, se conoce sin duda su importe, y es exigible, cuando no está sometido a término o a condición suspensiva.

Estas características se registran sin duda alguna respecto del escenario referido en última instancia, y en nuestra opinión, incluso podría defenderse la idea de que también se presentan desde el mismo momento en el que en el primer período en que fue susceptible la retención ser imputada contra la cuota tributaria, resulta un excedente. Si bien es cierto que las Providencias Administrativas dictadas por el SENIAT han supeditado la recuperación al transcurso de por lo menos tres períodos fiscales del IVA, lo que pondría en duda el carácter de exigibles que aquéllas pudieran tener antes de aquel término cumplirse; el rango sublegal del acto (Providencia) que pretende coartar un acto de disposición del que es titular el contribuyente respecto de un crédito fiscal al someterlo al transcurso de tres meses, pone nuevamente en duda su validez a la luz de lo dispuesto en una ley de rango superior, el Código Orgánico Tributario, en el que la condición de la exigibilidad no da cabida a términos que obedezcan a una decisión acomodaticia de la Administración.

V. ACTOS DE DISPOSICIÓN SUSCEPTIBLES DE SER REALIZADOS RESPECTO DE LAS RETENCIONES DE IVA

No obstante el carácter de crédito tributario líquido y exigible que consideramos tienen las cantidades retenidas de conformidad con las Providencias Administrativas N° SNAT/2005/0056 y N° SNAT/2005/0056-A dictadas por el SENIAT, condición esta que incluso pudiera atribuírseles desde el mismo momento en el que al descontarlas en el primer período que corresponda contra la cuota tributaria resulte un sobrante o excedente; la normativa que las rige ha pretendido limitar su disponibilidad únicamente a la imputación contra la cuota tributaria o a su recuperación a partir del tercer mes de haberse practicado, dando derecho en este último caso a la posibilidad de ceder o computar el importe reclamado, una vez obtenido el pronunciamiento favorable de la Administración Tributaria con ocasión al Procedimiento de Recuperación.

La doctrina emanada de la Administración Tributaria ha sido bastante enfática en cuanto a que no está dada la posibilidad de ceder o compensar de pleno derecho el referido excedente fiscal, esto es, sin que medie el control previo y el correspondiente pronunciamiento por parte de la División de Recaudación de la Gerencia Regional de Tributos Internos del SENIAT.

Es así como aquel servicio autónomo sin personalidad jurídica, mediante consulta evacuada bajo el N° DCR-5-1932, fijó posición al respecto en los siguientes términos:

En referencia al excedente de impuesto, debe indicarse que siempre que al descontar el tributo de la cuota tributaria determinada en el período en el cual se practicó la retención, y aún en los dos períodos subsiguientes permitidos por la Providencia para trasladar e imputar, dichos montos resulten superiores a la cuota debida, podrán los proveedores realizar la solicitud de recuperación del excedente por ante la Gerencia Regional de Tributos Internos de su domicilio, anexando copia de las declaraciones del impuesto y original de los comprobantes de retención, a los fines de que la Administración Tributaria realice la verificación correspondiente y emita el pronunciamiento a que hubiere lugar, de conformidad con el párrafo único del artículo 6 de la Providencia Administrativa SNAT/202/1455 y en concordancia con las disposiciones contenidas en los artículos 200 al 207 del Código Orgánico Tributario.

Así las cosas, debe concluirse que no está dado en el supuesto en análisis la posibilidad de cesión o compensación directa -esto es-, sin que medie el control y el correspondiente pronunciamiento por parte de la Administración Tributaria del excedente fiscal como mecanismo para que el contribuyente de que se trate recupere el monto (o parte de él) soportado en sujeción al impuesto, para lo cual, en todo caso, debe el contribuyente realizar la solicitud respectiva tal y como se expuso en el párrafo que antecede.”

Tales pronunciamientos a nivel de doctrina administrativa han ido convirtiéndose en normas, tanto de rango legal como es el caso del artículo 11 de la LIVA, como de carácter administrativo, como es el caso de las Providencias N° SNAT/2005/0056 y N° SNAT/2005/0056-A.

La disposición citada en primer lugar, por su relevancia en el tema aquí analizado, merece ser nuevamente transcrita:

Artículo 11 LIVA: Los contribuyentes ordinarios podrán recuperar ante la Administración Tributaria, los excedentes de retenciones que correspondan, en los términos y condiciones que establezca la respectiva Providencia. *Si la decisión administrativa resultare favorable, la Administración Tributaria autorizará la compensación o cesión de los excedentes.* La compensación procederá contra cualquier tributo nacional, incluso contra la cuota tributaria determinada conforme a lo establecido en esta Ley. (Cursiva agregada nuestra)

Por su parte, en cuanto al tema concreto que aquí nos interesa, las Providencias Administrativas N° SNAT/2005/0056 y N° SNAT/2005/0056-A, dictadas por el SENIAT, disponen en desarrollo de aquella norma que:

- Sólo serán recuperables las cantidades que hayan sido debidamente declaradas y enteradas por los agentes de retención y se reflejen en el estado de cuenta del contribuyente, previa compensación de oficio, conforme a lo establecido en el artículo 49 del Código Orgánico Tributario.
- El proveedor en la solicitud de recuperación deberá indicar, para el caso que la misma resulte favorable, su decisión de compensar o ceder, identificando tributos, montos y cesionario; y el tributo sobre el cual el cesionario efectuará la imputación respectiva.
- La compensación del agente de retención o su cesionario se aplicará siguiendo el orden establecido en el artículo 49 del Código Orgánico Tributario.
- No serán oponibles a la República las compensaciones y cesiones que se hubieren efectuado en contravención al procedimiento dispuesto en esta Providencia.

Del régimen jurídico actualmente aplicable en materia de recuperación de cantidades de IVA retenidas en exceso que fue antes esquematizado, cabe seguir buscando respuestas a las interrogantes planteadas y que continúan surgiendo al adentrarse en su estudio.

Tratándose las cantidades retenidas de un anticipo de impuesto, y por ende siendo un crédito líquido y exigible una vez transcurridos tres períodos fiscales sin haberse podido imputar íntegramente contra la cuota tributaria, e incluso desde el primer período en el que aquellas se imputen y resulte un excedente, cabe preguntarse hasta qué punto la condición de iniciar el procedimiento para su recuperación y la obtención de un pronunciamiento favorable de la Administración Tributaria, son condiciones válidas para sujetar su disposición, sea ésta su cesión o su compensación.

De las normas antes mencionadas se evidencia un tratamiento radicalmente contrario al conferido a la compensación en el Código Orgánico Tributario, y es que mientras el último hace referencia a un medio de extinción del cual puede beneficiarse el contribuyente una vez cumplidos los requisitos de ley (simultaneidad, homogeneidad, liquidez, exigibilidad, reciprocidad y no prescripción), sin la necesidad de un pronunciamiento previo de la Administración, la LIVA y las Providencias Administrativas que la desarrollan cambian totalmente la situación, pues para que se verifique la compensación se requiere de una previa autorización por parte de la Administración, distorsionando de esa forma la figura misma de la compensación, que busca en todo caso garantizar al contribuyente y a la misma República una vía más expedita, eficiente, eficaz y rápida para obtener un beneficio o satisfacción recíproca, para aquellos casos en que uno y otro sean a su vez acreedores y deudores de obligaciones tributarias.

Tan evidente contradicción nos conduce al tradicional tema de la relación entre las leyes orgánicas y las ordinarias, respecto del cual, desde la Constitución de 1961, se ha sostenido la preeminencia de las primeras respecto de las segundas, al considerársele a las orgánicas desde el punto de vista de su jerarquía como instrumentos intermedios entre la Constitución y las leyes ordinarias. Al respecto fue determinante lo dispuesto fundamentalmente en el artículo 163 de la Carta Magna de 1961, así como en su Exposición de Motivos, que como señala José Peña Solís, ponían a primar formalmente a las leyes orgánicas sobre las ordinarias que se dictasen en la materia regulada por éstas.

Bajo la Constitución de 1999 se elimina según el citado autor la categoría de leyes orgánicas por investidura parlamentaria, al montar el concepto de esta ley exclusivamente en el elemento material, esto es, mediante la reserva de un determinado número de materias para ser reguladas exclusivamente por leyes orgánicas. Dentro de las cuatro categorías de leyes orgánicas que contempla el artículo 203 constitucional, se encuentra la de las que sirven de marco normativo a otras leyes, dentro de las que cabría incluir al Código Orgánico Tributario de 2001.

Más allá de este argumento resulta pertinente traer a colación lo decidido en sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Antonio García García, respecto de la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica contra la Corrupción con miras a evaluar la relación existente entre el Código Orgánico Tributario y la Ley de Impuesto al Valor Agregado. Es así como el sentenciador al respecto señaló que:

La calificación de una Ley como Orgánica, tiene en nuestro ordenamiento jurídico una significación importante, que viene determinada por su influencia dentro del sistema de jerarquía de las leyes en relación con un área específica; en tal virtud, es menester señalar que la inclusión de la expresión orgánica en su denominación revela mucho más que un nombre, pues con tal se alude al carácter o naturaleza relevante dentro de aquel sistema. De allí que, tal nombre devenga en una cuestión que importe al momento de su aplicación preferente con respecto a otras leyes por lo que, de acuerdo con el texto Constitucional, tiene específicamente determinado su ámbito, con el objeto de evitar que se abuse de su utilización.

La sentencia de la Sala Constitucional antes citada señala adicionalmente que:

La Ley Orgánica ha sido considerada como una figura intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias, de tal manera que dentro del sistema de fuentes, ostenta un nivel jerárquico superior, *lo que implica que una ley ordinaria no podría derogar aquella*. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961, texto jurídico que creó por primera vez en Venezuela esta figura legislativa, disponía: “*La creación de las leyes orgánicas tiene por objeto impedir que por leyes especiales se deroguen disposiciones que se refieren a la organización de ciertos poderes o las formalidades que deben reunir determinadas leyes*”; disponiendo en su articulado que las leyes orgánicas son “*las que así denomina esta Constitución y las que sean investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de ley...*” (art. 163). Pero, además, la norma disponía que “*Las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de éstas*”, expresión que si bien fue suprimida en el nuevo texto fundamental, contiene un principio de jerarquía de relevancia y arraigo en nuestro medio forense que gobierna el sistema de fuentes, y al cual debe sostenerse, pues de otra manera el Constituyente no hubiese hecho la distinción y hubiese dejado al legislador ordinario la sanción de todas aquellas leyes que le interesó distinguir y consignó en el artículo 203 constitucional, amén de la mayoría calificada que exige para su aprobación como tal. (Resaltado agregado nuestro)

Partiendo de la conclusión a la que hemos arribado de que las cantidades retenidas por concepto de IVA constituyen créditos líquidos y exigibles, al menos sin duda una vez transcurridos los tres períodos a los que las sujetan las Providencias para su recuperación, e incluso desde el primer mes en el que siendo imputables a la cuota tributaria resulta un excedente de aquéllas; así como también, de la preeminencia que tiene el Código Orgánico Tributario en materia de compensación respecto de la LIVA y de las Providencias Administrativas que la desarrollan, no debe cabernos duda alguna para afirmar que estos dos últimos instrumentos registran un exceso que los vicia de nulidad y hacen viable su desaplicación por parte de la Administración Tributaria y por los jueces de la República, conforme al artículo 334 de la Constitución Nacional.

Por consiguiente, es totalmente posible, en nuestra opinión, que el proveedor que ha sido objeto de retenciones de IVA que al imputarlas contra la cuota tributaria de ese impuesto mantenga un excedente de ellas, con absoluta claridad, después del tercer período fiscal e incluso aunque con un cierto margen de incertidumbre desde el primer período de imputación, disponga de esas cantidades, recurriendo a la compensación como medio de extinción de obligaciones tributarias, aplicándola conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del Código Orgánico Tributario, sin necesidad de iniciar un procedimiento de recuperación y mucho menos, de haber obtenido un pronunciamiento previo favorable de la Administración Tributaria.

En materia de cesión de las cantidades retenidas, que constituye el otro acto de disposición por excelencia que puede instrumentarse respecto de un crédito tributario líquido y exigible, vale señalar que el artículo 50 del Código Orgánico Tributario establece que:

Los créditos líquidos y exigibles del contribuyente o responsable, por concepto de tributos y sus accesorios, podrán ser cedidos a otros contribuyentes o responsables, al sólo efecto de ser compensados con deudas tributarias del cesionario con el mismo sujeto activo.

Esta norma rectora de la figura de la cesión, en ningún momento supedita el ejercicio de ese derecho de disposición a formalidad previa alguna, bastando simplemente que los créditos tributarios a ser cedidos cumplan con la condición de ser líquidos y exigibles. Las condiciones adicionales que impone la norma van dirigidas por una parte, al destino que puede darle el cesionario a los créditos, este es, el ser compensados únicamente con

deudas tributarias que éste registre con el mismo sujeto activo y por la otra, la obligación que recae sobre el cedente de notificar a la Administración Tributaria de la cesión, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes de efectuada.

Los excesos en que incurre la normativa a través de la cual se adopta e instrumenta el régimen de retenciones de IVA, no se agotan en el tema de las ilegales restricciones a las que se sujeta a la compensación y a la cesión, vale comentar brevemente además los siguientes aspectos del mismo:

De acuerdo con las Providencias Administrativas N° SNAT/2005/0056 y N° SNAT/2005/0056-A, sólo serán recuperables las cantidades que hayan sido debidamente declaradas y enteradas por los agentes de retención y se reflejen en el estado de cuenta del contribuyente, previa compensación de oficio, conforme a lo establecido en el artículo 49 del Código Orgánico Tributario.

Resulta totalmente injusto e injustificado, que se haga depender el ejercicio del derecho del proveedor a recuperar las cantidades retenidas a actuaciones completamente ajenas a su control y voluntad, como lo es el enteramiento por parte del agente de retención del importe retenido.

En lo que respecta a la posibilidad que tiene la Administración de compensar de oficio las retenciones cuya recuperación se solicita, si bien debemos admitir constituye una facultad e incluso un privilegio del que goza la República, consagrado no sólo en el Código Orgánico Tributario, sino también en la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, no deja de generar preocupación la manera en que aquella puede pretender ejercerla, en tanto entendemos que a tales fines se considerarán los estados de cuenta de los contribuyentes registrados en el SIVIT, en los cuales habrán pretensiones de la República recurridas en vía administrativa o jurisdiccional, es decir, que no necesariamente se encuentran definitivamente firmes e incluso pueden estar suspendidas en cuanto a sus efectos.

De acuerdo con el artículo 49 del Código Orgánico Tributario "... la Administración podrá oponer la compensación frente al contribuyente, responsable o cesionario, a fin de extinguir, bajo las mismas condiciones, cualesquiera créditos invocados por ellos." La compensación a ser opuesta por la Administración, supone al igual que en la que es opuesta por el contribuyente, que exista un crédito que además de ser líquido sea exigible.

Un acto administrativo emanado del SENIAT, que haya sido recurrido en vía administrativa por un contribuyente, queda suspendido en sus efectos por lo que no es exigible, no pudiendo respecto de él ser opuesta la compensación por parte de la Administración Tributaria. Igual situación se presenta respecto de actos que hayan sido recurridos en la jurisdicción contencioso tributario, habiéndose obtenido por parte del órgano judicial la suspensión de sus efectos, no siendo posible tampoco oponer la compensación con base en las pretensiones que a su favor en ellos tenga la República.

La mayor preocupación surge en el caso de actos recurridos en vía jurisdiccional en los que no habiéndose suspendido los efectos del acto, siendo posible para la República con fines preventivos lograr que el Juez dicte una medida de embargo (art. 263 del CO-T); con base en el artículo 49 de ese mismo instrumento se pretenda ejecutar aquel acto, oponiendo su contenido en compensación contra retenciones de IVA, cuando aquel aun no está definitivamente firme.

A diferencia de lo que ocurre con la aplicación del artículo 263 del Código Orgánico Tributario, en el que simplemente se adoptan medidas para asegurar la eventual ejecución del acto administrativo de contenido tributario, con la oposición de la compensación se estaría haciendo efectivo aquel acto dejando al margen el ejercicio del derecho a la defensa por parte del contribuyente.

La aplicación por tanto de lo dispuesto en el artículo 49 del Código Orgánico Tributario, debiera supeditarse únicamente al caso de créditos líquidos y exigibles, por estar contenidos en actos definitivamente firmes:

El proveedor en la solicitud de recuperación deberá indicar, para el caso que la misma resulte favorable, su decisión de compensar o ceder, identificando tributos, montos y cesionario; y el tributo sobre el cual el cesionario efectuará la imputación respectiva.

El que tales indicaciones cumplan su cometido y tengan algún sentido, dependen de la inmediatez con la que Administración Tributaria pueda responder a la solicitud de recuperación. Si bien el SENIAT ha informado públicamente que su intención es llegar al punto en el que le sea posible en cuestión de minutos efectuar el trámite que aquel procedimiento supone, no menos verdad es, que a nivel normativo cuenta con un plazo de 30 días para pronunciarse, que pudiera extenderse a 90 días más, y que la experiencia ha demostrado con absoluta claridad, que tales niveles de celeridad nunca se cumplen, lo que haría inútil tal formalidad. El dinamismo que caracteriza además al mercado de compra y venta de créditos fiscales hace muy difícil e ilusorio tal conceptualización del esquema planteado:

No serán oponibles a la República las compensaciones y cesiones que se hubieren efectuado en contravención al procedimiento dispuesto en esta Providencia.

La consecuencia a que aluden las Providencias por el incumplimiento del procedimiento en ellas previsto en materia de recuperación de retenciones, a nuestro modo de ver resultan inocuas, en tanto al ser ilegal dicho procedimiento por quebrantar lo dispuesto en el Código Orgánico Tributario, mal puede afectar la validez de la compensación o cesión que de las retenciones se haga al margen de tal normativa ilegal. Esto claro está, ameritaría en última instancia, el pronunciamiento en ese mismo sentido, de los órganos administrativos y/o judiciales competentes.

VI. TRATAMIENTO CONFERIDO A LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE OTROS INSTITUTOS VINCULADOS AL IVA

Dadas las particularidades del IVA y a las limitaciones que existen en cuanto a la transferencia a terceros de créditos y débitos fiscales, así como de la cuota tributaria, vale la pena adentrarse también en su régimen particular para continuar enfatizando las diferencias que entre ellos y las retenciones existen y el porqué el régimen de aquellos no aplica a éstas.

Al respecto vale recordar que de acuerdo con el Parágrafo Primero, del tantas veces citado artículo 49 del Código Orgánico Tributario:

La compensación no será oponible en los impuestos indirectos cuya estructura y traslación prevea las figuras de los denominados débitos y créditos fiscales, salvo expresa disposición legal en contrario.

La posibilidad de oponer la compensación establecida en este Parágrafo será extensible tanto al débito y crédito fiscales previstos en la estructura y traslación del impuesto indirecto, como a la cuota tributaria resultante de su proceso de determinación.

Si bien es cierto que tales restricciones se encuentran en el Código Orgánico Tributario y por tanto son de igual rango a lo dispuesto en general por ese mismo instrumento en materia de compensación y cesión, incluso en la misma norma (art. 49), ellas van

dirigidas a supuestos completamente distintos al de las retenciones de IVA, en tanto ya hemos dejado en claro la diferencia que hay entre el crédito y el débito de IVA con las retenciones de ese mismo impuesto, así como entre la cuota tributaria y éstas. A objeto de continuar escudriñando en tan complejo tema, nos adentraremos en las posiciones que ha asumido la jurisprudencia patria en la materia, así como respecto del tratamiento legal a él dado.

1. Créditos fiscales de IVA susceptibles de recuperación distintos de los provenientes de las retenciones

En materia de recuperación de IVA, las leyes que han regulado a este tributo, únicamente contemplaban este mecanismo respecto de los créditos fiscales de los que eran titulares los exportadores, los contribuyentes que se encontraran en etapa preoperativa, los agentes diplomáticos y consulares y ahora, se incorporan los correspondientes a los proveedores que hayan sido objeto de retenciones. En los tres primeros casos lo que se recupera son créditos fiscales IVA, que por no poderse deducir por diversos motivos de los débitos fiscales se reconoce a nivel legal respecto de ellos el derecho a su recuperación.

En relación al derecho que tienen estas especiales categorías de contribuyentes de IVA resulta mandatorio hacer referencia a la sentencia dictada el 9 de noviembre de 2004 por el Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario en la que se pronunció sobre el rechazo efectuado por la Administración Tributaria a la compensación opuesta por la empresa SIDOR, respecto de supuestos créditos tributarios líquidos y exigibles derivados del IVA soportados en exceso como consecuencia de su actividad de exportación, contra el tercer dozavo del Impuesto a los Activos Empresariales y contra el IVA por asistencia técnica correspondiente al mes de mayo de 2001.

La particularidad adicional que tiene este caso, es que la empresa SIDOR no inició el procedimiento de recuperación a que aludían los artículos 43 y siguientes de la LIVA aplicable *ratione temporis*, y 50 del Código Orgánico Tributario de 1994, sino que procedió a oponer la compensación de pleno derecho de los supuestos créditos con las referidas obligaciones tributarias pendientes de pago.

Ante el rechazo de la compensación por parte de la Administración Tributaria por no haberse cumplido el procedimiento exigido⁶, SIDOR interpuso Recurso Contencioso Tributario, decidiendo el Tribunal de la causa lo siguiente:

1. Procedente la compensación opuesta por la contribuyente *SIDERÚRGICA DEL ORINOCO (SIDOR), C.A.* (...), correspondientes al tercer dozavo (3/12) del impuesto a los Activos Empresariales, del mes de junio de 2001, contra los créditos tributarios en concepto de Impuesto al Valor Agregado, soportado en exceso provenientes de su actividad de exportación (...)

2. Improcedente la compensación opuesta por la contribuyente *SIDERÚRGICA DEL ORINOCO (SIDOR), C.A.*, contra el Impuesto al Valor Agregado por asistencia técnica correspondiente al mes de mayo de 2001.

6 Bajo la vigencia del COT de 1994: art. 46. "En los casos de impuestos indirectos, cuyas normas prevean la devolución del impuesto, por la exportación de bienes muebles o prestación de servicios, la compensación sólo será posible previa autorización de la Administración Tributaria."

Para arribar a tales conclusiones el sentenciador motivó su decisión, entre otros en los siguientes argumentos, previa valoración de las pruebas que evidenciaban que la contribuyente efectivamente disponía de créditos tributarios líquidos y exigibles, no prescritos, por concepto de IVA soportado en exceso proveniente de su actividad de exportación:

- La compensación como medio de extinción de la obligación tributaria opera de pleno derecho, desde el momento en que se configuran los requisitos sustantivos o materiales que la hacen operativa, esto es, que se trate de créditos líquidos y exigibles y no prescritos, entre acreedores recíprocos. La circunstancia que la compensación opere de pleno derecho no excluye la intervención administrativa, la cual siempre será posible para comprobar la corrección y procedencia del medio extintivo de la obligación tributaria. Sin embargo, este control no implica un control previo, a priori, que tenga la virtualidad de condicionar el efecto extintivo de la obligación tributaria, por compensación, sino un control posterior.

- El control previo respecto de la compensación atenta contra los principios rectores de administración de las finanzas públicas contemplados en los artículos 141 y 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En tutela del interés público administrativo existe la posibilidad de imponer multas y cobrar intereses moratorios en caso de abuso por parte del contribuyente.

- No devolver el Impuesto al Valor Agregado soportado en exceso o devolverlo con retraso al exportador por motivos de forma, existiendo abundantes posibilidades de asegurar el interés público en la recaudación o en la devolución del tributo, supone un costo económico para el exportador que atenta contra el principio de neutralidad del Impuesto al Valor Agregado y además una ineficacia en la gestión de la Administración Tributaria, contraria a la Constitución con riesgo de comprometer la responsabilidad patrimonial de la misma.

- Sólo podría enervar la compensación opuesta, que las obligaciones tributarias a extinguir no fueren materialmente susceptibles de compensación. Habiéndose demostrado en el proceso la existencia de los créditos, nada se lograría rechazando la compensación por razones formales y procedimentales.

- El que no se haya iniciado el procedimiento formal de recuperación o solicitada la previa autorización por parte de la Administración a efectos de la compensación de los créditos, son formas no esenciales a la operatividad de la compensación opuesta, que no puede servir a la Administración Tributaria de subterfugios para justificar una pérdida del derecho a la compensación, demostrada la existencia de los créditos líquidos y exigibles a compensar por el contribuyente y la recíproca existencia de la obligación tributaria líquida y exigible a cargo de la Administración Pública sujeto activo del tributo.

- La Administración al haberle sido opuesta la compensación, en lugar de rechazarla por razones formales, lo que ha debido es pronunciarse sobre la existencia, liquidez y exigibilidad de los créditos tributarios. De esta forma, en el mejor interés del Fisco se estarían resolviendo (controlando) dos situaciones al mismo tiempo: de un lado, la devolución del Impuesto al Valor Agregado soportado en exceso por el contribuyente y, de otro, el cumplimiento de las obligaciones tributarias a favor del Fisco...”

- Conforme al principio constitucional del Debido Proceso las formas de los procedimientos administrativos y judiciales, son sólo un medio y no un fin en sí mismas para alcanzar la justicia de cada caso y, siendo que, conforme al artículo 257 Constitucional, ni en los procedimientos administrativos ni judiciales puede sacrificarse la justicia del caso por las formalidades no esenciales, y como quiera que, los principios, derechos y

garantías previstos en la Constitución son de directa e inmediata aplicación, es obligado concluir en el caso *subjudice* que, tal como fue demostrado, no puede desvirtuarse la existencia de los créditos tributarios, ni su virtualidad para ser compensados debe depender de un acto previo de la Administración.

- No existe por tanto obstáculo jurídico alguno para compensar el crédito de IVA del exportador contra la deuda que éste tenga por concepto de IAE.

- Contrariamente al caso anterior, independientemente de la existencia de créditos tributarios líquidos y exigibles, no prescritos originados en el IVA soportado en exceso en la actividad exportadora, la obligación tributaria por concepto de IVA por asistencia técnica, desde un punto de vista material no es susceptible de ser compensada. La obligación tributaria de IVA no es compensable por su naturaleza, dada la imposibilidad material y jurídica de la misma.

En conclusión, podría sostenerse con base en la referida sentencia que:

a. Bajo la vigencia del Código Orgánico Tributario de 1994, los créditos susceptibles de recuperación, de los que son titulares los exportadores, lo que también en nuestra opinión aplicaría para el caso de los contribuyentes en etapa preoperativa y de los funcionarios diplomáticos y consulares, son susceptibles de ser opuestos en compensación contra otros tributos nacionales, aun sin haber iniciado el procedimiento de recuperación, ni haberse obtenido pronunciamiento previo de la Administración Tributaria. En vista de que el Código fue reformado en el 2001 en lo que respecta a esta materia, eliminándose la posibilidad de oponer compensación en materia de IVA susceptible de devolución al contribuyente exportador, luce difícil sostener la posición descrita en la sentencia comentada respecto de ese tipo de créditos surgidos con posterioridad a la reforma de 2001.

b. No es posible oponer la compensación de créditos de IVA susceptibles de ser recuperados contra la cuota tributaria de IVA.

El tema de las retenciones nos conduce a escenario similar al analizado en la sentencia de SIDOR con la gran diferencia que en él la norma que supeditaba al control previo el ejercicio del derecho a compensar (art. 49) estaba en el Código Orgánico Tributario, mientras que en materia de retenciones lo está en el artículo 11 de la LIVA y en unos actos de rango sublegal como lo son las Providencias Administrativas.

En ambos casos, la normativa aplicable supedita la recuperación y el ejercicio de actos de disposición de los conceptos a recuperar a que previamente la Administración Tributaria se pronuncie. Con base en la misma argumentación expuesta por el Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario podría resolverse la controversia que ha surgido en materia de retenciones de IVA, en cuanto a si pueden cederse o compensarse de pleno derecho las cantidades retenidas, más aun cuando la normativa legal y administrativa que disponen lo contrario, es de rango inferior al Código Orgánico Tributario.

2. Créditos fiscales, elementos técnicos de determinación de la Cuota Tributaria del IVA no sometidos a regímenes de recuperación

La decisión comentada en el epígrafe anterior, hace recordar la muy sonada sentencia de C.A. Editorial El Nacional, dictada por la Sala Político Administrativa con ponencia del Magistrado Hadel Mostafá Paolini, en fecha 3 de abril de 2001, con ocasión a la pretensión del referido contribuyente de extinguir obligaciones en materia de Im-

puesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor mediante la oposición de la compensación de excedentes de retenciones de impuesto sobre la renta.

Con miras a precisar el alcance de la referida decisión y su distinción con el caso SIDOR, vale destacar que para el ejercicio fiscal reparado también estaba vigente el Código Orgánico Tributario de 1994 en cuyo artículo 46 se establecía expresamente que la compensación no era oponible como medio de extinción de la obligación tributaria en el caso de los impuestos indirectos, cuya estructura y traslación previera la figura del denominado crédito fiscal.

Al respecto el sentenciador concluyó que:

[...] la compensación que se produce dentro de la estructura del impuesto al consumo suntuario y a las ventas al mayor, es una determinación de la cuota tributaria, por lo que mal podría compensarse el excedente -sea este crédito o débito fiscal- con cualquier otro tributo, dada la imposibilidad material y jurídica de la misma.

Continúa la sentencia señalando que:

En este orden de ideas, cuando de la determinación de la cuota tributaria resulte un crédito fiscal, el contribuyente estará habilitado para trasladar dicho excedente al período de imposición siguiente; por el contrario, cuando de la determinación surja un débito fiscal, el contribuyente tendrá la obligación de enterar dicho importe dinerario al Fisco Nacional, sin la posibilidad de resarcirse ni de oponer la compensación del excedente resultante, sea débito o sea crédito, con tributo alguno, todo de conformidad con el Parágrafo Primero del artículo 46 del Código Orgánico Tributario y con las normas previstas en los artículos 30 y 36 de la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor aplicable *ratione temporis*.

Lo anterior es así, debido a que la norma prevista en el artículo 46 del Código Orgánico Tributario, no distingue entre un crédito fiscal como elemento técnico necesario para la determinación del impuesto o como un crédito tributario a favor del contribuyente, sino que por el contrario sujeta la imposibilidad de la compensación, en tanto y en cuanto, el impuesto indirecto prevea *en su estructura y traslación la figura del denominado crédito fiscal como es el caso de autos.*”

Lo sostenido por aquel Juzgador no resulta sin embargo aplicable al caso de las retenciones, en tanto por una parte, aquella sentencia se refiere a los créditos fiscales de IVA en su concepción de elemento técnico, que sólo puede imputarse a los débitos, con miras a calcular la cuota tributaria y, por la otra, por hoy día existir una norma que expresamente impide la cesión y compensación de aquellos créditos de IVA, contenida en el Código Orgánico Tributario de 2001. De ahí que ahora con mayor rotundidad a como se sostenía bajo la vigencia del Código Orgánico Tributario de 1994, con base en el cual se dictó la sentencia en comento; el caso de las retenciones pueda decirse es diferente, en tanto éstas no son un crédito de IVA, sino un crédito tributario líquido y exigible, que la propia LIVA admite se impute a la cuota tributaria y no al débito, y que sea compensada o cedida después de un pronunciamiento de la Administración Tributaria, con lo que le reconoce aquel carácter.

Mientras los créditos de IVA, expresamente dispone el Código Orgánico Tributario en su artículo 49 y la LIVA, no son susceptibles de ser cedidos o compensados, las retenciones como ya hemos visto son cosa distinta de aquellos, y si se admite su cesión o compensación, sólo que ilegalmente, supeditada a un pronunciamiento previo de la Administración Tributaria. De ahí pues, que reiteremos que el criterio sostenido por el Juzgador en el caso de *C.A. Editorial El Nacional*, no resulte aplicable al caso bajo estudio.

Los créditos fiscales como elementos técnicos dirigidos a la determinación del IVA, precisamente por su carácter y misión, no pueden ser objeto de compensación, cesión u otro acto de disposición, por lo que en la etapa previa a su deducción de los débitos fiscales, no es posible sostener la existencia de una obligación o una acreencia frente a la República, escenario este en el cual no es posible referirse a la existencia de obligaciones recíprocas susceptibles de ser compensadas o de un derecho de crédito que pueda ser objeto de una cesión. En cambio, las retenciones por ser anticipos del impuesto y una vez imputadas a la cuota tributaria resultar en un excedente, si son susceptibles de ser calificadas como créditos líquidos y exigibles, susceptibles de ser cedidos o compensados.

3. Pago de IVA en exceso, por causas distintas a la retención

En caso de pago en exceso de IVA, que en principio como ocurre respecto de otros tributos, generaría un derecho de crédito de aquellos que según el Código Orgánico Tributario, al no estar prescritos y ser líquidos y exigibles, serían susceptibles de cesión o compensación; por disposición expresa de la LIVA no lo son.

Es así como el artículo 50 de la LIVA dispone que:

Los ajustes que se causen por créditos fiscales deducidos por el contribuyente en montos menores o mayores a los debidos, así como los que se originen por débitos fiscales declarados en montos menores o mayores a los procedentes, siempre que éstos no generen diferencia de impuesto a pagar, se deberán registrar en los libros correspondientes por separado y hasta su concurrencia, en el período de imposición en que se detecten, y se reflejarán en la declaración de dicho período.

De la norma anterior, así como de los diversos escenarios respecto de los cuales la LIVA prevé la recuperación, podría decirse que, los pagos en exceso de IVA no son susceptibles de ser recuperados, sino que simplemente a través de su registro como créditos en el período en el que aquella situación se detecte. No procede así su repetición como ocurre en el caso del pago indebido, ello tal vez, porque el error es producto de la cuantificación de créditos y débitos fiscales de IVA y debe seguir la misma suerte de éstos.

Al tratarse el caso de las retenciones en exceso, de uno distinto al pago indebido de tributos, resulta obvio que no es aplicable el artículo 50 de la LIVA, así como tampoco la regla en ella consagrada. Se trata más bien de un concepto que tiene la misma naturaleza de la cuota tributaria, aunque con distinto origen, y diferente carácter, ésta, una obligación, la otra un crédito.

4. Créditos de contribuyentes ocasionales o no deducibles

De acuerdo con el artículo 42 de la LIVA, el impuesto soportado o pagado por los contribuyentes no constituye un elemento del costo de los bienes y servicios adquiridos o utilizados, salvo cuando se trate de contribuyentes ocasionales, o cuando se trate de créditos fiscales de contribuyentes ordinarios que no fueren deducibles al determinar el impuesto establecido en esta Ley.

Nuevamente el instrumento normativo que consagra al IVA, excluye la posibilidad de recuperar a través de procedimientos administrativos, lo soportado al consumir bienes o percibir servicios gravados con aquel tributo, al punto que quienes se encuentren impedidos de imputarlos contra los débitos del IVA, modalidad básica para evitar la acumulación en este tipo de impuesto, ya sea por tratarse de contribuyentes ocasionales o por no generarlos (operaciones exentas, no sujetas o exoneradas), simplemente se les limita su derecho a imputarlos como un costo a efectos de la determinación del impuesto sobre la renta, lo que supone su aprovechamiento efectivo comparado con su deducción de débitos, en un 34% de su importe.

VII. CONCLUSIONES

Las cantidades retenidas por concepto de IVA constituyen créditos líquidos y exigibles, una vez transcurrido los tres períodos a los que las sujetan las Providencias Administrativas para su recuperación, e incluso pudiera también llegar a sostenerse, tienen tal carácter desde el primer mes en el que imputadas a la cuota tributaria resulta un excedente de ella.

Mientras el débito y el crédito de IVA, son meros elementos técnicos concebidos por el legislador como herramientas para la determinación de la cuota tributaria, es decir, del importe del tributo a ser pagado por el contribuyente, la retención no puede confundirse en ningún momento con aquellos, mas si es hasta cierto punto equiparable a la cuota tributaria, lo que es lo mismo que decir que se trata de un tributo, sólo que una, claro está, es un anticipo acreditable y la otra, una obligación adeudada.

La preeminencia que tiene el Código Orgánico Tributario en materia de compensación y cesión respecto de la LIVA y de las Providencias Administrativas que la desarrollan, ponen de manifiesto que estos dos últimos instrumentos registran un exceso que los vicia de nulidad, haciendo viable su desaplicación por parte de la Administración Tributaria y por los jueces de la República conforme al artículo 334 de la Constitución Nacional, al supeditarse la cesión y compensación de las retenciones excedentarias al previo pronunciamiento de la Administración Tributaria.

Es totalmente posible, en nuestra opinión, que el proveedor que ha sido objeto de retenciones de IVA, que al imputarlas contra la cuota tributaria de ese impuesto mantenga un excedente de ellas; con absoluta claridad, después del tercer período fiscal e incluso aunque con un cierto margen de incertidumbre desde el primer período de imputación; disponga de esas cantidades, recurriendo a la compensación como medio de extinción de sus obligaciones tributarias, aplicándola conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del Código Orgánico Tributario, sin necesidad de iniciar un procedimiento de recuperación y mucho menos, de haber obtenido un pronunciamiento previo favorable de la Administración Tributaria.

La compensación que pueda oponer la Administración Tributaria respecto de las cantidades retenidas en exceso, sólo serán procedentes contra obligaciones del contribuyente (proveedor), contenidas en actos administrativos definitivamente firmes.

BIBLIOGRAFÍA

- JIMÉNEZ, María, “Régimen Jurídico de la relación entre el retenedor y el retenido: el deber de retener la obligación de soportar la retención”, Obra publicada en el libro *Sujetos Pasivos y Responsables Tributarios*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- VILLEGAS, Héctor, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992.
- FRAGA, Luis, VILORIA, Mónica y SÁNCHEZ, Salvador, *La retención en el Impuesto sobre la Renta*, Caracas, 2002.

§31. APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LA BASE IMPONIBLE EN EL IMPUESTO MUNICIPAL A LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS (IMAE)

Luis Fraga Pittaluga
Profesor de la Universidad Monteávila

I. GENERALIDADES SOBRE LA BASE IMPONIBLE

1. Concepto

El Tributo, categoría legal a partir de la cual se ha construido el Derecho Tributario, presenta una estructura ciertamente compleja. En términos generales y desde luego muy simples, podemos decir que esa estructura está compuesta por los siguientes elementos fundamentales: (i) el hecho imponible o presupuesto legal condicionante en el cual se describen de manera típica los hechos o actos realizados por o con respecto al contribuyente que desencadenarán el nacimiento de la obligación tributaria; (ii) los sujetos activo y pasivo de la relación jurídico-tributaria, el primero identificado con el titular del crédito que surge a su favor y por mandato de la ley a partir de la ocurrencia del hecho imponible, y el segundo identificado con el deudor del importe tributario derivado precisamente de la materialización en la práctica de la hipótesis de incidencia; (iii) la alícuota o tarifa, que forma parte de los elementos cuantificadores de la obligación tributaria y que viene representada por un porcentaje o fracción que aplicado a la base imponible produce como resultado el importe tributario; (iv) y finalmente la base imponible, de la cual nos ocupamos seguidamente.

En los tributos variables y a diferencia de aquellos en los cuales la ley fija de una vez el importe tributario a pagar (tributos fijos), la ocurrencia del hecho imponible por sí sola no es suficiente para determinar el alcance cuantitativo de la obligación tributaria; es decir, la simple realización por parte del o con respecto al contribuyente, de los hechos o actos descritos por el legislador como generadores de la obligación de pagar un impuesto, una tasa o una contribución especial, no bastan para precisar en términos concretos el *quantum* de dicha obligación, porque el hecho imponible no contiene los elementos necesarios para precisar *la cuantía* del importe tributario.

Por tanto, en este supuesto, el hecho imponible debe ser reducido a una cifra económica o mejor dicho, debe ser susceptible de ser cuantificado o expresado numéricamente. Recuérdese que la obligación tributaria, en la casi totalidad de los supuestos posibles, involucra una prestación de dar que, también en la generalidad de los casos, supone la entrega de una suma de dinero o al menos de bienes valubles económicamente.

De esta forma, la precisa delimitación de esa prestación de dar, que como advertimos suele consistir en la entrega de una suma de dinero, exige una representación económicamente relevante del hecho imponible. Así, por ejemplo, el gravamen con el impuesto al valor agregado de una prestación de servicios no es posible sino en tanto y en cuanto, dicha prestación de servicios sea onerosa y exista por ende una magnitud económica -en este caso el precio pagado por el servicio- sobre la cual aplicar el impuesto correspondiente. Precisamente esa magnitud económica en que se traduce el hecho imponible y que hace posible cuantificar el importe tributario en los tributos variables, es la base imponible, también denominada base de medición.

De acuerdo con Ferreiro Lapatza:

[...] podemos definir la base imponible como la dimensión o magnitud de un elemento del presupuesto objetivo del hecho imponible que se juzga como determinante de la capacidad contributiva relativa [...] la base es siempre la dimensión o magnitud de un elemento integrante del hecho imponible, pues, en pura lógica, si el tributo se paga en relación con la base imponible, si no hay base imponible no hay cuota, no nace la obligación tributaria. Para que nazca la obligación tributaria es necesario que se dé el hecho imponible en todas sus partes completamente, y una de sus partes o elementos necesarios para que nazca la obligación tributaria es aquel cuya magnitud se toma como base¹.

En la doctrina patria, el profesor Romero-Muci expresa que la "...la base imponible es el parámetro legal al que se aplica el tipo imponible a fin de cuantificar, caso por caso, el importe de la prestación tributaria. La base imponible se convierte en la plataforma, en la magnitud sobre la cual opera el tipo de gravamen"².

Nuestra jurisprudencia, siguiendo la doctrina clásica del Derecho Tributario -concretamente a Jarach- entiende la base imponible o base de medición como "...la adopción de parámetros que sirvan para valorar cuantitativamente los hechos cuya verificación origina la obligación"³. Como se advierte, la jurisprudencia patria ratifica la estrecha vinculación que existe entre el hecho imponible y la base imponible, en tanto esta última constituye el parámetro de valoración cuantitativa de aquél.

2. Características

Si como hemos dicho la base imponible supone la reducción del hecho imponible a una expresión numérica que se convierte en expresión económica de la parte de riqueza que por mandato de la ley las personas deben aportar para dar cumplida satisfacción a su deber constitucional de coadyuvar al sostenimiento de los gastos públicos, mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones, *ex* artículo 133 de la Constitución, podemos entonces establecer las siguientes características generales de la misma:

A. Elemento estructural del tributo

La base imponible es un elemento estructural propio de los tributos variables, en los cuales el importe tributario no viene fijado de una vez por la ley, sino que requiere la

1 FERREIRO LAPATZA, J.J. *Curso de Derecho Financiero Español*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 403.

2 ROMERO-MUCI, H. *Jurisprudencia Tributaria Municipal*, t. I, EJV, Caracas, 1997, p. CXII.

3 Cf. S. TSJ/SC, 21.11.2000, caso *Heberto Contreras Cuenca vs. Ley del IVA*.

aplicación de una alícuota sobre una base económica, en forma proporcional⁴ o progresiva⁵, según el caso.

B. Magnitud económica

La base imponible siempre es una magnitud económica perfectamente mensurable o cuantificable, como por ejemplo la renta, el ingreso bruto, el monto de la venta, el líquido hereditario, etc.

C. Vinculación con el hecho imponible

La magnitud económica que representa la base imponible está indisolublemente ligada o asociada a lo que el legislador ha definido como hecho imponible, en tanto se trata de la expresión cuantitativamente relevante del mismo. Puede decirse entonces que la base imponible guarda con el hecho imponible una relación de *instrumentalidad*.

De acuerdo con el profesor argentino Héctor Villegas, luego de aclarar que la base imponible o elemento cuantificante de la relación jurídica tributaria, como él lo llama, no es parte del hecho imponible:

[...] es ahora posible acentuar la necesidad de que el elemento cuantificante sea adecuadamente coherente con el hecho imponible. Tal adecuación es esencial, so pena de distorsionar el tributo. Veamos: El hecho imponible debe ser siempre reducible a una expresión numérica que lo convierta en expresión económica de la parte de riqueza con la cual las personas deben soportar el gasto público. Para que eso sea razonablemente cierto, el legislador debe encontrar una congruente vinculación entre la acción del destinatario legal tributario previamente hipotetizada en la norma, y el importe del tributo que debe pagar ante la realización de esa acción⁶.

Por esa razón, cuando existe un divorcio o una desconexión entre los hechos que el legislador ha seleccionado como hipótesis de incidencia y la dimensión económica que va a servir para cuantificar la obligación tributaria, se produce un fenómeno muy particular que consiste en gravar de manera subrepticia y oblicua una manifestación de riqueza que no fue la seleccionada por el legislador, violándose así la garantía constitucional de que los tributos deben recaer sobre la verdadera capacidad contributiva.

Se trata pues de una forma de imposición clandestina, como afirma Romero-Muci, para quien:

[...] la necesaria operación de transformar el hecho imponible en una magnitud mensurable puede utilizar múltiples criterios, pero esos criterios deben siempre responder al principio constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica de cada quien, la cual se frustraría si se rompe el hilo lógico y jurídico que debe ligar la capacidad económica del contribuyente con la cuantía de la prestación tributaria, precisamente por desconexión del cauce formal ofrecido por la correspondiente definición legal del hecho imponible y de la base tributaria⁷.

4 Si el tipo de gravamen o alícuota es fijo independientemente de la variación de la base (*i.e.* IVA).

5 Si el tipo de gravamen o alícuota varía según aumente o disminuya el monto de la base (ISLR, ISSDRC, etc.).

6 VILLEGAS, H. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. t. I, Depalma, Buenos Aires, 1980, p.252.

7 ROMERO-MUCI, H., *ob.cit.*, t. I, p. CXIII.

D. Elemento cuantificador de la obligación tributaria

En los tributos variables, la base imponible es uno de los elementos cuantificadores de la obligación tributaria, simple y llanamente porque la cuantía de ésta será el resultado aritmético de aplicar la tasa o alícuota del tributo sobre el monto de la base imponible.

E. Materia propia de la reserva legal tributaria

Como elemento estructural del tributo, la definición de la base imponible es materia de la más estricta reserva legal, como claramente lo establece el artículo 3 del Código Orgánico Tributario⁸. En consecuencia, actos normativos distintos a las leyes no pueden intervenir en modo alguno en la definición de la base imponible de un tributo determinado, ni puede el legislador abdicar de hacerlo en un caso concreto, delegando dicha definición en el reglamentista, como también lo dispone con claridad el párrafo segundo del mencionado artículo 3 del Código Orgánico Tributario.

Por otra parte, en mérito de la anotada vinculación estrecha que debe existir entre el hecho imponible y la base imponible, debemos señalar, siguiendo al profesor Villegas, que el:

[...] elemento cuantificante debe ser seleccionado por el legislador tan cuidadosamente como seleccionó los hechos imponibles. Ello por una razón muy simple. La 'cuantía' que resulte asignada a cada deuda tributaria debe ser abstractamente idónea para reflejar qué valor se atribuyó a cada hecho imponible como factor demostrativo de capacidad contributiva [...] el elemento cuantificante debe expresar hasta qué límite patrimonial es razonable llevar la obligación de tributar, conforme a la aptitud de pago público que el legislador pensó 'aprehender' al construir un cierto hecho imponible⁹.

8 *Artículo 3, COT*: "Sólo a las leyes corresponden regular con sujeción a las normas generales de este código las siguientes materias: 1. Crear, modificar o suprimir tributos, definir el hecho imponible, fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo. 2. Otorgar exenciones y rebajas de impuesto. 3. Autorizar al Poder Ejecutivo para conceder exoneraciones y otros beneficios o incentivos fiscales. 4. Las demás materias que les sean remitidas por este Código. Parágrafo Primero: Los Órganos Legislativos Nacional, estadales y municipales, al sancionar las leyes que establezcan exenciones, beneficios rebajas y demás incentivos fiscales o autoricen al Poder Ejecutivo para conceder exoneraciones, requerirán la previa opinión de la Administración Tributaria respectiva la cual evaluará el impacto económico y señalará las medidas necesarias para su efectivo control fiscal, asimismo, los órganos legislativos correspondientes requerirán las opiniones de las oficinas de asesoría, con las que cuenten. Parágrafo Segundo: En ningún caso se podrá delegar la definición y fijación de los elementos integrantes del Tributo así como las demás materias señaladas como de reserva legal por este artículo, si perjuicio de las disposiciones contenidas en el párrafo tercero de este artículo. No obstante cuando se trate de impuestos generales o específicos al consumo, a la producción, a las ventas, o al valor agregado así como cuando se trate de tasas o de contriciones especiales, la ley creadora del tributo correspondiente podrá autorizar para que anualmente en la ley de presupuesto se proceda a fijar la alícuota del impuesto entre el límite inferior y el máximo que en ella se establezca. Parágrafo Tercero: Por su carácter de determinación objetiva y de simple aplicación aritmética, la administración tributaria nacional reajustará el valor de la unidad tributaria de acuerdo con lo dispuesto en este Código. En los casos de tributos que se liquiden en los períodos anuales, la unidad tributaria aplicable será la que esté vigente durante por los menos ciento ochenta y tres (183) días continuos del período respectivo. Para los tributos que se liquiden por períodos distintos al anual, la unidad tributaria aplicable será la que esté vigente para el inicio del período".

9 VILLEGAS, H., *ob. cit.*, t. I, pp. 251-252.

F. Índice de capacidad contributiva

En tanto la base imponible representa la porción de riqueza sobre la cual recae el tributo y por tanto es el índice de la capacidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que ha sido seleccionada por el legislador, ella representa uno de los datos esenciales a consultar a los fines de determinar hasta dónde una exacción es razonable y proporcionada y, por contra, cuando la misma se torna confiscatoria.

3. Tipos

La base imponible puede expresarse en diferentes unidades monetarias (renta, ingreso bruto, precio de la venta o del servicio) o unidades de peso, volumen o longitud. De esta forma se pueden clasificar las bases imponibles en dos categorías fundamentales: bases imponibles expresadas en dinero y bases imponibles no expresadas en dinero¹⁰. En el primer caso puede hablarse de base imponible *ad valorem* porque se tiene en cuenta el valor de los bienes traducido en unidades monetarias; y en el segundo, de base imponible *específica* porque la misma se expresa en unidades de otra magnitud, que no es el dinero. Podría haber incluso una tercera categoría que la doctrina califica como *mixta*, en la cual el importe a pagar en concepto de tributo en parte es fijado directamente por la ley y en parte debe determinarse en función de una base y una alícuota¹¹.

II. LA BASE IMPONIBLE EN EL IMAE

1. Planteamiento del problema

El antecedente inmediato del IMAE, el denominado impuesto sobre patente de industria y comercio, solía establecer como base imponible del tributo en cuestión, entre otros, el capital de las empresas, el monto bruto de las ventas o el ingreso bruto, en tanto estas magnitudes económicas se consideraban parámetros objetivos de medición para aplicar la alícuota asignada en el clasificador correspondiente a la actividad respectiva y determinar así el importe de la deuda tributaria en el gravamen municipal a la actividad comercial o industrial.

Siendo que en la generalidad de los casos el parámetro de medición escogido era el ingreso bruto, el problema se presentaba cuando las ordenanzas de impuesto sobre patente de industria y comercio lo definían, pues casi todas acogían un concepto contable a tales fines, sin realizar las precisiones que exigía la necesaria vinculación entre la actividad gravada y los ingresos específicos que se generaban como consecuencia directa del ejercicio de dicha actividad por parte del contribuyente.

Así, muchas ordenanzas municipales definían el ingreso bruto como “*cualquier ingreso habitual o accidental*” obtenido por el contribuyente, con lo que se consideraban co-

¹⁰ Vid. FERREIRO LAPATZA, J.J., *Curso de Derecho Financiero Español*, 18° edición, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 404.

¹¹ Vid. BOCCHIARDO, J.C., “Derecho Tributario Sustantivo o Material”, *Tratado de Tributación. Derecho Tributario*, t. I, V. 2, GARCÍA BELSUNCE, Horacio, Director Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 155.

mo base imponible del impuesto sobre patente de industria y comercio, *todos* los ingresos del contribuyente sin importar el origen o la causa de los mismos y sin determinar previamente su relación con las actividades comerciales, industriales o de servicios, permanentes y habituales, realizadas por el mismo en o desde un establecimiento permanente en el municipio respectivo.

Esta sutil desviación, en apariencia inocua, provocaba el gravamen encubierto de actividades que no tenían relación alguna con aquellas que eran objeto de imposición, según la definición típica del hecho imponible contenida en la propia ordenanza de impuesto sobre patente de industria y comercio. Además, la hipertrofia deliberada o inadvertida de la base imponible, como consecuencia de la integración en la misma de elementos ajenos al objeto del tributo, traía consigo que los municipios invadieran parcelas del poder tributario correspondientes al poder nacional, según la distribución efectuada al efecto por la Constitución.

El origen del problema se ubicaba entonces en la falta de la debida conexión entre el hecho imponible y su manifestación económica (*i.e.* la base imponible). Como señalamos anteriormente, la magnitud económica que representa la base imponible está indisolublemente ligada o asociada a lo que el legislador ha definido como hecho imponible, en tanto se trata de la expresión cuantitativamente relevante del mismo, de modo que entre ambos existe una relación de *instrumentalidad* de la primera hacia el segundo.

El ingreso relevante a los fines de su gravamen con el impuesto sobre patente de industria y comercio, sólo podía ser -y sólo puede ser- el derivado en forma directa e inmediata de la actividad comercial, industrial o similar realizada de manera habitual y permanente por el contribuyente en o desde su establecimiento permanente ubicado en el municipio correspondiente. Así, aquellos ingresos accidentales o esporádicos, o incluso usuales y permanentes, pero en todo caso disociados nítidamente del giro comercial del contribuyente, no pueden formar parte de la base imponible del impuesto sobre patente de industria y comercio, simple y llanamente porque se trata de cantidades que no son la contraprestación equivalente de la actividad gravada, es decir, de los hechos seleccionados por el legislador de dicho impuesto como generadores de la obligación de pagar el tributo.

Este es el caso -a título de ejemplo- de los ingresos que una industria manufacturera obtiene como consecuencia de la enajenación de un inmueble o en virtud de colocaciones financieras (depósitos a plazo, inversiones bursátiles, etc.). Como se puede advertir con facilidad, los ejemplos enunciados constituyen actividades que no son propias del objeto social del contribuyente y en adición ello, algunos de dichos ingresos son claramente accidentales.

Ahora bien, la errónea definición de la base imponible en el impuesto sobre patente de industria y comercio, provocó que en una importante cantidad de casos los municipios realizaran determinaciones incorrectas de la obligación tributaria en el impuesto sobre patente de industria y comercio, al incluir en la base imponible del mismo ingresos accidentales o eventuales o sin relación alguna con la actividad habitual o el giro comercial propio del contribuyente respectivo.

Es probable que la desconexión denunciada haya sido de alguna forma aupada por el criterio jurisprudencial de vieja data, de acuerdo con el cual:

[...] son cuestiones completamente distintas el hecho imponible o hecho generador del impuesto -el cual consiste, en este caso, en el ejercicio de un comercio, de una industrial, de una actividad lucrativa en suma- y la base imponible o base para su cálculo, la cual consiste, como ya se dijo, en los ingresos brutos o en el monto de las ventas o de las operaciones efectuadas, o en el capital, tomados estos factores como índice para medir esa actividad lucrativa y aplicarle el impuesto correspondiente[...]¹².

En esa criticable postura insistió la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia un poco más reciente, pero con la afortunada disidencia -a través de voto salvado- de algunos Magistrados. Señaló la Corte en esa oportunidad que:

[...] el 'hecho imponible' en la 'patente' es la realización de actividades comerciales o industriales durante determinado año y 'la base imponible' es el monto de las ventas, operaciones o ingresos obtenidos por el contribuyente durante el período que abarca la declaración correspondiente. Esta distinción, bien claramente establecida en la doctrina, es determinante en esta materia, ya que es totalmente diferente la actividad que da origen al impuesto, es decir que lo causa, que es el llamado 'hecho imponible', [...] de la forma de calcular el monto del impuesto, o sea 'la base imponible'. La diferencia conceptual es tanto más clara cuanto que, aunque exista la base imponible (operaciones del lapso de la declaración) si no existe el hecho imponible (actividad comercial o industrial desarrollada durante un año determinado) no se habrá causado el impuesto o patente¹³.

Por su parte, el voto salvado del Magistrado Luis Enrique Farías Mata, de obligada lectura por su importante contribución al estudio del tema, señaló entre otras cosas que:

La mejor doctrina enseña que la base imponible forma necesariamente parte del hecho generador del impuesto (o hecho imponible), y que debe estar en estrecha conexión con el elemento objetivo del hecho generador del impuesto: los hechos o situación de hecho a cuyo acaecimiento la norma vincula el nacimiento de la obligación tributaria [...] es necesario que exista una relación de congruencia entre el hecho objetivo escogido por el Legislador -en el caso de las -Patentes Municipales, el ejercicio de la industria, del comercio o de una actividad lucrativa similar- y las bases con arreglo a las cuales se va a cuantificar ese hecho, ese elemento objetivo del hecho generador, pues de lo contrario, como lo ha decidido la Corte en otras ocasiones, hay que acudir a la base imponible para determinar cuál fue, en realidad, el tributo creado. La distinción entre elemento objeto del hecho generador del impuesto y la base imponible tiene sentido y utilidad en la medida que se acuda a ella para deslindar campos de ejercicio de la potestad tributaria, cuando una pluralidad de entes concurren como creadores y perceptores de impuestos en un mismo territorio; pero sin olvidar que los requisitos y condiciones a los cuales la Constitución sujeta el ejercicio del poder tributario deben ser exigidos tanto respecto del elemento objetivo del hecho generador del impuesto, como respecto de la base para su cálculo¹⁴.

Aunque no compartimos el criterio según el cual la base imponible es parte del hecho imponible, lo relevante es que en el seno de la propia jurisprudencia del Alto Tribunal se venía gestando una reacción abierta contra la idea según la cual el hecho imponible y la base imponible en el impuesto sobre patente de industria y comercio, eran elementos distintos en la estructura de dicho tributo que no tenían *relación alguna entre sí*. Esa reacción terminó por convertirse en el criterio acogido por la LOPPM.

12 Cf. S. CSJ/SPA, 13.12.65, caso *Compañía Anónima Cervecería Nacional vs. Concejo Municipal del Distrito Federal*, consultada en: ROMERO-MUCI, H., *ob.cit.* t. I, p. 581.

13 Cf. S. CSJ/CP, 14.12.83, caso *Becoblohm Puerto Cabello, C.A. y otros vs. Concejo Municipal del Distrito Puerto Cabello del Estado Carabobo*, consultada en: ROMERO-MUCI, H., *ob.cit.*, t. I, p. 588.

14 *Ib.*, pp. 611-612.

2. Postura de la doctrina anterior a la LOPPM

El grave problema que representaba la separación en compartimientos estancos entre el hecho imponible y la base imponible en el impuesto sobre patente de industria y comercio, no fue ajeno a la doctrina más representativa del Derecho Tributario patrio.

En este sentido, el Profesor Oswaldo Anzola advierte que:

Considerar, como lo hace la Corte Suprema de Justicia, que en el caso de la Patente de Industria y Comercio existe un divorcio total y absoluto entre el hecho generador y la base imponible del tributo, no se corresponde con las limitaciones constitucionales que tiene la Potestad Tributaria Municipal y puede llevar a que el Concejo Municipal invada la competencia tributaria nacional, a parte de que (*sic*), en nuestra opinión ello no está de acuerdo con la naturaleza de este tributo¹⁵.

Por su parte, el Profesor Ezra Mizrahi sostiene que:

Si el hecho generador es el ejercicio de una actividad comercial, industrial o de índole similar, la base imponible -el ingreso bruto, por lo general- debe guardar una relación de instrumentalidad con el hecho generador (...) A pesar de las declaratorias que aparecen en la generalidad de las ordenanzas, que definen el ingreso bruto como cualquier ingreso, habitual o accidental, y prohíben la deducción de los gastos incurridos para la obtención de los mismos, no es cierto que todo ingreso deba formar parte de la base de cálculo del impuesto que grava la actividad (...) El 'ingreso bruto, índice de la importancia económica de la actividad, y, con ello, de la capacidad contributiva, no es, ni puede ser, la noción contable que consagran las Ordenanzas -todo ingreso recibido sin obligación de devolverlo o entregarlo a un tercero. Los ingresos que no sean remuneración de la actividad no son relevantes para medir la importancia de la misma, y el 'beneficio hipotético' que ella genera¹⁶.

A la misma conclusión arriban los Profesores Romero-Muci¹⁷ y Evans Márquez¹⁸.

3. Regulación actual en la LOPPM

La nueva Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 38.204 de fecha 8 de junio de 2005, consagra una regulación bastante completa en relación al Impuesto Municipal a las Actividades Económicas (IMAE) y acaba con una buena parte de las disputas interpretativas que durante más de medio siglo ha generado la aplicación del impuesto sobre patente de industria y comercio.

De acuerdo con el artículo 206 de la referida Ley, el hecho imponible del impuesto sobre actividades económicas es el ejercicio habitual, en la jurisdicción del Municipio, de cualquier *actividad lucrativa de carácter independiente*, aún cuando dicha actividad se realice sin la previa obtención de licencia. En consecuencia, queda claro que el presupuesto hipotético legalmente previsto cuya ocurrencia en la práctica genera al nacimiento de la obligación de pagar el IMAE, es la realización de una actividad lucrativa de carácter independiente en el territorio del Municipio correspondiente, de modo que aun cuando, como veremos más adelante, la base de cálculo de dicho tributo es el *ingreso*

15 ANZOLA, O., "La patente de industria y comercio y su aplicación sobre el ingreso bruto representado por dividendos", *Revista de Derecho Público* n° 42, EJV, Caracas, Abril-Junio 1990, p.47.

16 MIZRACHI, E., *La patente de industria y comercio*. Funeda, Caracas, 1998, pp. 80-81.

17 ROMERO-MUCI, H., *ob.cit.*, t. I, p. CXIII.

18 EVANS MARQUEZ, R., "Introducción el régimen impositivo municipal venezolano", *Mc. Graw Hill-Baker & Mc. Kenzie*, Caracas, 1998, p.169.

bruto, no es dable hablar en Venezuela de un impuesto sobre el ingreso bruto similar al argentino¹⁹, como ya desde hace algún tiempo lo advirtió la doctrina patria²⁰.

La nueva Ley regula importantes aspectos de este tributo, tales como el período de imposición; su aplicación al comercio eventual y ambulante; su independencia de los tributos nacionales y estatales sobre la producción o el consumo de bienes específicos o al ejercicio de una actividad en particular; su aplicación en territorios demaniales públicos o privados de otras entidades político territoriales, o cubiertos por aguas; la definición de las actividades industriales, comerciales y de servicios objeto de gravamen; los factores de conexión; y, en especial, la base imponible, que es el objeto principal de nuestros análisis.

A. La base imponible: El ingreso bruto

En relación con la base imponible, el artículo 212 de la LOPPM dispone que la misma estará constituida por los ingresos brutos efectivamente percibidos en el período impositivo correspondiente por las actividades económicas u operaciones cumplidas en la jurisdicción del Municipio o que deban reputarse como ocurridas en esa jurisdicción de acuerdo con los criterios previstos en esta Ley o en los Acuerdos o Convenios celebrados a tales efectos. De estas normas se extraen importantes consecuencias a los fines del tema que nos ocupa.

a. *Concepto*

El artículo 213 contiene una definición auténtica de los ingresos brutos para los fines del IMAE, señalando que los mismos son todos los proventos o caudales que de manera regular reciba el contribuyente o establecimiento permanente por causa relacionada con las actividades económicas gravadas, siempre que no se esté obligado a restituirlo a las personas de quienes hayan sido recibidos o a un tercero y que no sean consecuencia de un préstamo o de otro contrato semejante.

b. *Características del ingreso bruto gravable*

De todo cuanto antecede puede advertirse entonces que los ingresos gravables a los fines del IMAE, son los ingresos brutos, pero no se refiere la LOPPM al concepto meramente contable, sino a aquel reivindicado desde hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia y que tiene las siguientes características:

a. *Regular*: El ingreso bruto relevante a los fines del IMAE será sólo aquél que proviene de proventos o caudales recibidos de manera regular, no accidental o esporádica, por el contribuyente o establecimiento permanente. De modo que quedan excluidos de este concepto los ingresos extraordinarios o accidentales, totalmente inusuales en el giro habitual del contribuyente.

b. *Vinculado con el hecho imponible*: Haciéndose eco de la doctrina dominante, los ingresos relevantes son aquellos que se reciban como consecuencia de actividades económicas gravadas con el IMAE, es decir, por las actividades lucrativas cumplidas en la jurisdicción del Municipio o que deban reputarse como ocurridas en esa jurisdicción de acuerdo con los criterios previstos en la Ley o en los Acuerdos o Convenios celebrados a tales efectos.

19 Vid. BULIT GOÑI, E., *Impuesto sobre los ingresos brutos*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

20 MIZRACHI, E., *ob.cit.*, p. 56.

b.1. *Derivado de actividad lucrativa*: Es necesario, en primer lugar, que el ingreso provenga del ejercicio de una actividad lucrativa. Sobre este particular jurisprudencia de vieja data ha señalado que: “Lucro -define el Diccionario de la Academia Española- es la ganancia o provecho que se saca de cada cosa”. Por su parte la palabra ‘ganancia’, sinónimo de ‘provecho’, en la definición académica, consiste en el acto de ‘ganar’, y ‘ganar’, según el propio diccionario, es ‘adquirir caudal o aumentarlo, con cualquier género de comercio, industria o trabajo’.”²¹

La LOPPM termina de perfilar el concepto de actividad lucrativa pero en forma negativa, al aclarar cuándo una actividad puede considerarse sin fines de lucro y en este sentido señala el artículo 209, que para que una actividad pueda ser considerada así, el beneficio económico obtenido de la misma debe ser reinvertido en el objeto de asistencia social u otro similar en que consista la actividad y en el caso de tratarse de una persona jurídica, que ese beneficio no sea repartido entre asociados o socios.

b.2. *Como consecuencia de actividad comercial, industrial o de servicios*: Por otra parte, el ingreso gravable con el IMAE debe provenir de una actividad comercial, industrial o de servicios, según las definiciones auténticas contenidas en el artículo 211 de la LOPPM²². Por eso ha dicho la jurisprudencia, que el concepto de *ingreso bruto* no supone una magnitud absoluta, sino relativa, pues está íntimamente vinculado a la actividad económica que ejerce el contribuyente”.²³

Es bueno señalar además que en la determinación de cuál es la actividad del contribuyente que genera el ingreso bruto gravable con el IMAE, debe tomarse en consideración no sólo lo que expresan los estatutos sociales de la empresa, sino lo que efectivamente constituye el objeto social del sujeto pasivo. Recuérdese que el objeto social al que se refieren los estatutos sociales de una empresa, suele estar descrito en términos muy amplios para permitir a la persona el ejercicio de toda actividad de lícito comercio. Si bien es usual que se haga una descripción específica de ciertas actividades que constituirán el objeto fundamental de la empresa, resulta que esa descripción no tiene carácter taxativo o limitativo, sino meramente enunciativo. Pero, por otra parte, una descripción amplia del objeto social no significa que la empresa realiza *efectivamente* todas las actividades allí mencionadas. Por esa razón es fundamental que antes de calificar ciertos actos como constitutivos de hecho imponible a los fines del IMAE, se precise si tales actos forman parte no sólo de lo que *formalmente* es el objeto social de la empresa, sino también de lo que constituye su giro normal y ordinario, lo que resulta de determinar la actividad que produce sus ingresos habituales, recurrentes y ordinarios y en razón de los cuales la empresa existe.

b.3. *Originado por actividades cumplidas en jurisdicción del Municipio*: Finalmente, la actividad debe ser cumplida en la jurisdicción del Municipio -reafirmando así el

21 Ministerio de Hacienda, “Jurisprudencia de Impuesto sobre la renta”, t. II, 1943-1965, p.106.

22 *Artículo 211*: A los efectos de este tributo se considera: 1. Actividad Industrial: Toda actividad dirigida a producir, obtener, transformar, ensamblar o perfeccionar uno o varios productos naturales o sometidos previamente a otro proceso industrial preparatorio. 2. Actividad Comercial: Toda actividad que tenga por objeto la circulación y distribución de productos y bienes, para la obtención de ganancia o lucro y cualesquiera otras derivadas de actos de comercio, distintos a servicios. 3. Actividad de Servicios: Toda aquella que comporte, principalmente, prestaciones de hacer, sea que predomine la labor física o la intelectual. Quedan incluidos en este renglón los suministros de agua, electricidad, gas, telecomunicaciones y aseo urbano, entre otros, así como la distribución de billetes de lotería, los bingos, casinos y demás juegos de azar. A los fines del gravamen sobre actividades económicas no se considerarán servicios, los prestados bajo relación de dependencia.

23 Cf. S. TS8CT, 06-11-02, caso *Automercados Plaza's vs. Alcaldía del Municipio Baruta del Estado Miranda*.

carácter territorial del impuesto- o que deba reputarse como ocurrida en esa jurisdicción de acuerdo con los criterios previstos en la Ley o en los Acuerdos o Convenios celebrados a tales efectos.

La LOPPM sintetiza de manera adecuada lo que han sido las tendencias más acertadas sobre este tema, al establecer un régimen diferenciado para el caso de las actividades industriales o comerciales, y las actividades de servicios. En el primer caso el ingreso obtenido será gravable siempre que la actividad que lo genera se lleve a cabo mediante un establecimiento permanente²⁴, o base fija, ubicado en el territorio de ese Municipio (artículo 218). En el caso de los servicios y la ejecución de obras, el ingreso será gravable en la jurisdicción donde se ejecute la obra o se preste el servicio, siempre que el contratista permanezca en esa jurisdicción por un período superior a tres meses, sea que se trate de períodos continuos o discontinuos, e indistintamente de que la obra o servicio sea contratado por personas diferentes, durante el año gravable. En caso de no superarse ese lapso o si el lugar de ejecución fuese de muy difícil determinación, el servicio se entenderá prestado en el Municipio donde se ubique el establecimiento permanente. En caso de contrato de obra, quedaría incluida en la base imponible el precio de los materiales que sean provistos por el ejecutor de la obra (artículo 219).

La LOPPM consagra además una serie de principios y reglas específicas para armonizar el ejercicio de las distintas potestades tributarias involucradas, cuando la actividad del contribuyente -industrial, comercial o de servicios- gravable con el IMAE, se despliega en varias jurisdicciones municipales (artículos 221 al 223), introduciendo así una importante herramienta para la solución de los problemas de múltiple imposición interna, que han sido tan comunes en este campo.

c. *No sujeto a devolución*: La base imponible en el IMAE no incluye los ingresos brutos que el contribuyente esté obligado a restituir por cualquier causa a las personas de quienes los haya recibido o a un tercero, ni tampoco a aquellos que son consecuencia de un préstamo o de otro contrato semejante. Es lógico que así sea porque aun cuando tales proventos pueden ser considerados desde el punto de vista contable como ingresos brutos, no pueden ser en cambio gravables con tributo alguno porque no constituyen manifestaciones de capacidad contributiva, en tanto no son fuente de riqueza o incremento patrimonial alguno para el sujeto pasivo.

d. *Efectivamente percibido*: Los ingresos causados pero no recibidos efectivamente por el sujeto pasivo en el período de imposición correspondiente, no forman parte del IMAE. En efecto, sólo los ingresos brutos realmente obtenidos por un contribuyente como consecuencia de actividades económicas realizadas en o desde un establecimiento permanente ubicado en el territorio de determinado Municipio, son los que deben tomarse como base de medición del impuesto a las actividades económicas.

24 Por Establecimiento Permanente entiende el artículo 220 de la LOPPM: "(...) una sucursal, oficina, fábrica, taller, instalación, almacén, tienda, obra en construcción, instalación o montaje, centro de actividades, minas, cante-
ras, instalaciones y pozos petroleros, bienes inmuebles ubicados en la jurisdicción; el suministro de servicios a través de máquinas y otros elementos instalados en el Municipio o por empleados o personal contratado para tal fin, las agencias, representaciones de mandantes ubicadas en el extranjero, sucursales y demás lugares de trabajo mediante los cuales se ejecute la actividad, en jurisdicción del Municipio. Las instalaciones permanentes construidas para la carga y descarga ordinaria y habitual en embarcaciones con destino a los trabajos o servicios a ser prestados en el mar territorial o en otros territorios pertenecientes a una entidad federal pero no ubicados dentro de una jurisdicción municipal determinada, se consideran establecimientos permanentes de quienes los empleen para la prestación de tales servicios".

En nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros ordenamientos, el IMAE no es realmente un impuesto a los *ingresos brutos*, ya que como hemos visto no le es dable a los Municipios pretender incluir en la base de cálculo, *todos* los proventos del contribuyente independientemente de su origen o naturaleza y mucho menos si se trata de ingresos no percibidos.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que las administraciones municipales deben limitarse a efectuar la tasación o cálculo del impuesto sobre la base de los ingresos efectivamente percibidos, en beneficio de la empresa, de lo contrario el monto del impuesto determinado derivaría de un concepto equivocado de la noción de ingreso bruto²⁵.

La introducción de este elemento en la LOPPM no es en modo alguno casual, sino que responde a la necesidad de frenar la ilegítima pretensión de algunos Municipios de incluir en la base imponible del referido tributo, ingresos causados pero no cobrados por el contribuyente durante el ejercicio fiscal gravado.

En efecto, hemos visto como soportados en la noción meramente contable del ingreso bruto, algunos Municipios realizaron determinaciones tributarias en las cuales incluían en la base imponible del impuesto sobre patente de industria y comercio, proventos accidentales y totalmente desligados de las actividades sujetas a imposición con dicho tributo. Pero resulta que algunos llegaron aún más lejos y transportaron al referido tributo municipal principios relativos a la gravabilidad del ingreso que son patrimonio exclusivo del impuesto sobre la renta, en el cual, como se sabe, lo relevante a los fines de la imposición es que la renta sea disponible, y tal disponibilidad existe en algunos casos aunque el ingreso no haya sido efectivamente percibido, bastando simplemente se haya devengado o causado²⁶; mientras que, tanto en el antiguo impuesto sobre patente de industria y comercio como en el IMAE, el ingreso susceptible de gravamen es el percibido efectivamente por el sujeto pasivo durante el ejercicio fiscal correspondiente, pues así lo demanda el concepto mismo de ingreso bruto como base de cálculo de la exacción y la naturaleza y el objeto del tributo bajo análisis.

En consecuencia, la indebida traslación de principios propios de un impuesto personal y subjetivo a un impuesto real y objetivo, que pretendió realizarse en el pasado, ha quedado totalmente proscrita en la muy afortunada regulación contenida en la nueva LOPPM, la cual acaba con toda discusión sobre el tema.

B. Conceptos excluidos de la base imponible

Para precisar aún más como está compuesta la base imponible en el IMAE, el artículo 216 de la LOPPM, enumera todos los conceptos que no forman parte de la misma. Los ingresos excluidos se pueden clasificar como sigue:

(i) Las adiciones al precio de los bienes producidos o comercializados o de los servicios prestados como consecuencia de la aplicación de impuestos generales o específicos al consumo, ni los reintegros -de dichos impuestos- cuando sean procedentes. Obsérvese que la LOPPM se refiere a reintegros y no a devoluciones de impuestos soportados, por lo que en principio el concepto excluido de la base imponible en el IMAE, pareciera ser

²⁵ Cf. S. CPCA, 4-3-85, caso *Distribuidora Polar de Oriente, C.A.*

²⁶ Sobre el tema de la disponibilidad de los enriquecimientos en el Impuesto sobre la Renta, consúltese: HERNÁNDEZ RICHARDS, F., "La disponibilidad en el impuesto sobre la renta". *60 años de imposición a la renta en Venezuela*. AVDT, Caracas, 2003, pp. 277 y ss.

el tributo pagado indebidamente o en exceso y sujeto a reintegro, pero no el impuesto soportado susceptible de devolución en virtud de previsión normativa al efecto (*i.e.* devolución del IVA soportado a los exportadores).

Sin embargo, consideramos que tampoco la devolución de impuestos soportados debe formar parte de la base imponible, en primer lugar, porque es un ingreso que no tiene relación con la actividad gravada, o sea, no es un producto directo de la actividad comercial, industrial o de servicios ejecutada por el contribuyente, sino de la previsión legal de un incentivo fiscal que lo beneficia. En segundo término, porque la devolución del impuesto soportado no implica manifestación alguna de capacidad contributiva por parte del sujeto pasivo, sino la neutralización de los efectos de determinado tributo con respecto a él.

(ii) Ingresos extraños o ajenos a la actividad gravada. En este grupo entran los subsidios o beneficios fiscales similares obtenidos por el contribuyente del Poder Nacional o Estatal. Aunque se trata de verdaderos ingresos brutos, se les considera no gravables porque no derivan en forma directa del ejercicio de actividades lucrativas industriales, comerciales o de servicios ejecutadas por el contribuyente.

(iii) Ingresos accidentales y además extraños a la actividad gravada. En esta categoría se ubican los ingresos que son producto de la enajenación de bienes integrantes del activo fijo de las empresas o de un fondo de comercio de manera que haga cesar los negocios de su dueño.

En el primer caso es obvio que la enajenación de un activo fijo provoca la obtención de un ingreso bruto; pero, dicho ingreso tiene un carácter excepcional o accidental, porque supone simplemente la obtención del valor de cambio de un bien que estaba destinado al ejercicio de la actividad del contribuyente y del cual se prescinde por razones de diversa índole (obsolescencia, deterioro, inutilidad, etc.), distintas al propósito de obtener lucro mediante el ejercicio la actividad usual y ordinaria del sujeto pasivo.

En el segundo supuesto es también evidente el fundamento de la exclusión, porque la enajenación del conjunto de bienes organizados por el comerciante para el ejercicio de su actividad (*i.e.* el fondo de comercio), al punto de que la misma cesa definitivamente, no puede ser gravada por el tributo cuyo hecho imponible es precisamente el ejercicio de actividades lucrativas independientes en un determinado territorio municipal.

(iv) Ingresos derivados en el pago de indemnizaciones por siniestros. El pago que recibe el contribuyente de una empresa de seguros como consecuencia de la ocurrencia de un siniestro, supone sin duda un ingreso bruto para éste. Sin embargo, tal ingreso no representa manifestación alguna de capacidad contributiva, susceptible de ser gravada con tributo alguno²⁷, porque su vocación es simplemente indemnizatoria de la pérdida sufrida por éste con respecto a bienes de su propiedad, destinados al ejercicio de su actividad lucrativa comercial, industrial o de servicios.

(v) Ingresos derivados de ajustes contables. En este caso se trata de ajustes meramente contables en el valor de los activos, que sean resultado de la aplicación de las normas de ajuste por inflación previstas en la Ley de Impuesto sobre la Renta o por aplicación de principios contables generalmente aceptados, siempre que no se hayan realizado o materializado como ganancia en el correspondiente ejercicio.

27 De hecho es un ingreso exento del Impuesto sobre la Renta, ex artículo 14, numeral 5, de la LISR.

(vi) Ingresos no imputables a la actividad cumplida en el Municipio respectivo. Como hemos dicho la LOPPM reafirma el carácter territorial del IMAE y por eso excluye de la base de imposición los ingresos brutos atribuidos a otros municipios en los cuales se desarrolle el mismo proceso económico del contribuyente, hasta el porcentaje que resulte de la aplicación de los Acuerdos previstos en los artículos 157 y 160 de la Ley, cuando éstos hayan sido celebrados.

C. Deduciones a la base imponible

Finalmente, el artículo 217 de la LOPPM, admite como deducciones a la base imponible en el IMAE las devoluciones de bienes o anulaciones de contratos de servicio, siempre que se haya reportado como ingreso la venta o servicio objeto de la devolución y los descuentos efectuados según las prácticas habituales de comercio. De seguro el concepto jurídico indeterminado "*prácticas habituales de comercio*" traerá problemas interpretativos a la hora de determinar cuándo un descuento otorgado por el contribuyente debe ser excluido de la base imponible y cuándo hay una manipulación de los precios con el propósito encubierto de disminuir artificialmente dicha base. No hay una solución predefinida sobre este particular, pero lo que sí es cierto es que los descuentos usuales al precio son aquellos que permiten recuperar costos, dejan un margen razonable de ganancia al productor, comerciante o prestador del servicio y hacen atractivo el producto o el servicio, según el caso. Los descuentos que ni siquiera permiten al contribuyente recuperar el costo de producción, comercialización o prestación del servicio, según el caso, no necesariamente deben ser rechazados, pero sí objeto de particular revisión por las autoridades tributarias municipales.

SEXTA PARTE
LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

§32. A IMPRESCINDÍVEL NATUREZA CONSTITUCIONAL DA AÇÃO ADMINISTRATIVA E SEUS INSTRUMENTOS OPERACIONAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: ALGUMAS PROBLEMATIZAÇÕES

Rogério Leal

Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil

RESUMO: A noção tradicional e conservadora de Ato Administrativo no Brasil, como comportamento da entidade administrativa vinculada à lei, já não é mais suficiente para dar conta da complexidade das relações que tais condutas públicas pretendem gerir. Em face disto, urge problematizarmos esta categoria sob uma nova perspectiva reflexiva e social, levando em conta a natureza política e democrática dos compromissos assumidos pelo Estado Constitucional vigente.

ABSTRACT: The traditional and conservative notion about Administrative Acts in Brazil, as behavior of administrative entity connected with law doesn't enough to answer a complexity of relations that these behaviors intend to administrated. Because this, is necessary to think the idea of Administrative Act since a new reflexive and social perspective, considering the policy and democratic nature of commitments assumed by ordinary Constitutional State.

I. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente ensaio pretende abordar o tema do ato administrativo a partir de uma perspectiva crítica e social, no sentido de concebê-lo como elemento integrador de uma ação política e pública do Estado ou de quem faz às vezes dele, tendo, assim, os interesses comunitários como referência necessária à avaliação de sua legalidade e legitimidade. Tal abordagem, implica uma revisão de posicionamentos da doutrina e casuística sobre a matéria, em especial no Brasil.

II. FENÔMENO, FATO E ATO JURÍDICO: UMA PERSPECTIVA DA CIVILÍSTICA CLÁSSICA

É comum termos no âmbito da Teoria do Direito Positivo a preocupação em demarcar, através de conceitos pretensamente precisos e claros, os sentidos dos signos jurídicos, tanto em nome da construção de uma linguagem adequada à ciência a que ela diz respeito, como também em face da função ordenadora a que se propõe.

Na verdade, em termos históricos, desde o século XV até o XVII, a ciência jurídica vai contar com o que se denominou de Era do Direito Racional, caracterizando-se pela influência dos sistemas racionais na teoria jurídica. *Auctoritas* e *Ratio* haviam dominado o

pensamento jurídico medieval cujo caráter dogmático assinala um respeito pelos textos a serem interpretados como pontos-de-partida das séries argumentativas¹.

O saber jurídico europeu moderno, por exemplo, embora tendo como escopo fundante a ordenação das relações sociais no presente, nasceu a partir do apego a textos de épocas passadas, investigados e estudados por meio de formalismos filológicos.²

Já referimos em trabalhos anteriores que, desde a Idade Moderna, tem imperado na produção do conhecimento jurídico ocidental o que denominamos de argumentos de autoridade dogmática, sustentado por uma lógica interna do sistema jurídico que emerge de sua natureza técnico-formal. A lei, a partir desta perspectiva (kelseniana), dá lugar a um formalismo normativista que não se preocupa tanto com o conteúdo das normas, mas fundamentalmente com a sua forma técnico-jurídica. Em outras palavras, a ciência jurídica moderna se abstrai dos conteúdos e da análise valorativa das normas para recuperar a estrutura dogmática do Direito na sua pura forma, tonificando o processo de laicização do discurso jurídico e a matriz de dogmaticidade do direito contemporâneo.³

Em outras palavras, a teoria jurídica mais hegemônica no âmbito da tradição romano-germânica, que até então era caracterizada por se fundar em uma teoria da exegese e da interpretação de textos singulares, passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e mesmo domina os códigos e comportamentos jurídicos contemporâneos.⁴

Assim, a Teoria do Direito na modernidade, se de um lado quebra o elo entre a jurisprudência e o procedimento dogmático fundado na autoridade dos textos romanos, de outro, não rompe com o caráter dogmático que, ao contrário, tenta aperfeiçoar ao dar-lhe uma qualidade de sistema que se constrói a partir de premissas, cuja validade repousa na sua generalidade racional, indicadora dos padrões éticos eleitos.

Configura-se, assim, o caminho para a ciência jurídica no estilo moderno, como um procedimento empírico-analítico, num sentido eminentemente pragmático, em que os modelos do Direito Natural são entendidos não como hipóteses científicas a verificar, mas como um exemplo, um paradigma que se torna viável na experiência. A Teoria do Direito consegue, a par disso, transformar o conjunto de regras que compõem o direito em regras técnicas controláveis na comparação das situações vigentes com as situações idealmente desejadas.

1 Conforme o texto de VENTRISS, Carl, *Towards a public philosophy of public administration: a civic perspective of the public*, Boston, Northon, 2004.

2 En este sentido la obra de KANTOROWICZ, Hermann, *Las épocas de la ciencia del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p. 35. Com esta situação, o humanismo renascentista modifica a legitimação do Direito Romano, purificando e refinando o método da interpretação dos textos e, com isto, abre as portas para a entrada da ciência moderna na teoria jurídica.

3 Abordamos este tema em nosso livro LEAL, Rogério Gesta, *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*, Edunisc, Santa Cruz do Sul, 2003.

4 Talvez um dos marcos históricos mais importantes desta fase venha a ser o Código Napoleônico de 1804. Neste sentido, é singular o texto de COING, Helmut. *El sentido del Derecho*. Centro de Estudios Filosóficos, México 2000, p. 49.

O teórico do direito, como alguém capaz de reproduzir em laboratório - na sua razão - o próprio direito, o qual assume a forma de um sistema de enunciados cabais e que funcionam politicamente, toma uma nova função. A reconstrução racional do direito, que passa a ser entendido como um conjunto, um sistema de enunciados respaldados na razão, adquirindo validade por meio de uma posição divina, põe-se a serviço de um processo de conexão entre *dominium* e *societas*, a unidade do Estado e a sociedade, que ocorre entre os séculos XVI e XVII, o que equivale à burocratização do domínio nos modernos aparelhos estatais.⁵

Esse cenário de idéias só contribui para negar ao Direito sua natureza fenomênica, pois o direito reconstruído racionalmente - no âmbito da matriz teórica referida - não reproduz a experiência concreta do direito na sociedade, criando uma distância entre a teoria e a prática, o que oportuniza o debate sobre a cientificidade ou não do conhecimento jurídico, bem como o surgimento de reflexões políticas e filosóficas ponderando que o direito se afigura como um fenômeno histórico, sujeito às contingências da cultura de cada povo.

A despeito de não ter fim o debate de temas tão polêmicos, insistimos com a tese de que o direito é uma força cultural. Sua função histórica é a de impor normas de conduta ou padrões de comportamento social sobre a vontade individual. Cada norma isolada tem de ser explicada e elucidada, porque muito freqüentemente elas aparecem em formas obscuras. As diferentes normas tem de ser colocadas em correlação umas com as outras, porque seu verdadeiro significado aparece, regra geral, somente por comparação e contraste; ademais, as normas de conduta incluídas no direito não são algumas vezes expressas diretamente, mas somente mencionadas indiretamente em outras normas, ou mesmo, elas possuem conotações das mais diversas (ideológicas, políticas, econômicas, etc).

De qualquer sorte, algumas categorias clássicas do Direito são instituídas a partir da preocupação racionalista referida, tal como a de fato e ato jurídico, já que elementos constitutivos da relação jurídica *latu sensu* e na matriz a que pertence o sistema e a cultura jurídicos brasileiros.⁶

Por mais que a dogmática jurídica positivista tente negar ou diminuir a natureza fenomênica das relações jurídicas e dos instrumentos normativos, a sua historicidade revela que os fatos jurídicos são necessariamente sociais, sejam eles singelos e rotineiros, ou relevantes ao convívio social, contando com a participação, voluntária ou não, de diversos atores/interlocutores, conformando o plexo societal que caracteriza cada cenário comunitário específico.⁷

Veja-se que, também desde a Idade Moderna, o princípio da liberdade - mais do que o da igualdade - tem imperado no meio político e social regulado pela lógica do mercado, aplicando-se fundamentalmente à capacidade laboral e negocial do *homo faber*, enquanto artífice de uma nova história calcada na produção e crescimento econômico, a fim de abandonar tempos de escassez de recursos e de marginalidade social.⁸ Com esse *espírito*, importa assegurar ao homem livre todas as condições para o seu desenvolvimento, o que significa -ao menos nos primeiros passos da filosofia liberal clássica- estar

5 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Atlas, São Paulo: 1997, p.69. Esta reconstrução racional equívale a uma espécie de física geral da socialização.

6 Por óbvio que não se compreende essa relação enquanto fenômeno, acontecimento humano que está ou não vinculado à vontade humana e que é alcançada por regras sociais institucionalizadas ou não, mas como matéria inteiramente regulada/controlada pela norma.

7 Nesse sentido ver o texto de SALDANHA, Nelson, *Velha e Nova Ciência do Direito*, Editora da Universidade de Recife, Recife 1974, p.20 e ss.

8 Nesse sentido a obra de HOBBSAW, Eric J., *O Mundo do Trabalho*, Petrópolis, Vozes, 2000.

ele obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo somente em virtude de lei, enquanto que para o Estado Liberal a lógica é inversa, sendo autorizado a agir somente quando permitido por lei.

Assim é que se pensa, nesse período e com tais pressupostos, garantir o maior grau e amplitude de facilidades para a maximização daquele projeto, liberando as ações de mercado de exigências e formalidades desnecessárias. Por certo que há aqui uma base filosófica bem elaborada no sentido de concepção de homem e de mundo que tem como centro de irradiação a capacidade humana de criar, transformar e evoluir a sua espécie, o que justifica a inexistência, o máximo possível, de amarras e obstáculos a tal mister, notadamente aquelas anteriormente impostas por governos despóticos e medievais⁹.

Entretanto, como se impõe à natureza humana algumas limitações naturais e sociais de comportamentos individuais, em face exatamente de assegurar a adequada ordem, harmonia e segurança social, para que *todos* possam usufruir do mercado, tanto a filosofia como a teoria do direito modernas concordam com a necessidade das relações humanas contarem com uma regulação (para uns máxima, para outros mínima).¹⁰

É assim que um conceito preliminar de fato jurídico vai dizer respeito à demarcação normativa de uma possibilidade fática, um *vir a ser* no mundo das relações sociais, que se transformará em direito após a ocorrência da possibilidade prevista, que converte a potencialidade de um interesse em um direito individual.¹¹

Pontes de Miranda traz, em face do que até agora foi explanado, um conceito bastante claro sobre a matéria:

Já vimos que o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. Vimos, também, que no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou o complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade.¹²

Nesse diapasão é que a doutrina civilista tem insistido na tese de que o *fato jurídico* é constituído, em face do próprio nome, por um *fato*, ou seja, uma eventualidade de qualquer espécie, que se erige em causa atuante sobre o direito, e por uma *declaração do ordenamento jurídico* que atribua *efeito* àquele acontecimento. Sem tal *declaração*, o fato não gera direito (subjeto); sem o acontecimento, a lei permanece em absoluto estado de mera potencialidade.¹³

Na dicção cientificista de Carnelutti, os fatos em sentido estrito são aqueles que contam com causa exterior, conforme são ou não dependentes da vontade humana. Assim:

9 Tratei deste tema em meu livro LEAL, Rogério Gesta, *Teoria do Estado: cidadania e poder política na modernidade*. Livraria do Advogado, Porto Alegre 2002.

10 Para não nos estendermos muito aqui em referências bibliográficas outras, podemos citar as contribuições de Imanuel KANT e Hans KELSEN como referências teóricas dessa perspectiva.

11 Nesse sentido PEREIRA, Caio Mário, *Instituições de Direito Civil*, Vol I. Forense, Rio de Janeiro 1998, p. 37. Ainda aqui sem qualquer consideração eficaz sobre o fato em si.

12 MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, Vol.I, Bookseller, São Paulo 2000, p. 39.

13 Nesse sentido PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Vol.I, Forense, Rio de Janeiro 1998.

A vontade é a aptidão do pensamento para constituir a causa e uma modificação exterior. Esta aptidão manifesta-se na medida em que o pensamento atinge a tensão necessária para determinar a sua descarga na ação, isto é, para desferir uma força física capaz de vencer uma resistência, ou em outros termos, para pôr o corpo em situação de realizar tal capacidade. Por tal razão, a vontade pode contrapor-se, como força humana causal, à força humana vital.¹⁴

No desenvolvimento de seu raciocínio, ainda aduz o autor italiano que, na linguagem jurídica, os fatos nominados de voluntários se afiguram como verdadeiros atos *-agere-*, destacando exatamente o homem como causador de uma ocorrência na realidade social. Aos fatos não voluntários, os chama simplesmente de fatos.

Com tais elementos podemos entender, à luz dos referenciais dogmáticos ora utilizados, que do tão só direito objetivo (norma jurídica posta), não defluem direitos subjetivos, eis que necessário uma *força* de propulsão nominada de fato jurídico *-lato sensu-* para viabilizar o plano de existência da norma/direito¹⁵. É este fato que, ancorado no direito objetivo, oportuniza a institucionalização da relação jurídica, submetendo determinado interesse/objeto ao poder/disposição de um sujeito de direito. Eis a configuração do direito subjetivo.¹⁶

Ao lado desses fatos jurídicos *lato sensu*, podemos vislumbrar ensaios jurídicos doutrinários -de igual forma cientificistas- dando conta de outra modalidade de fatos jurídicos, a saber os *stricto sensu*, enquanto modalidades de fatos que se apresentam como independentes do elemento volitivo humano, mas produtora de efeitos previstos pela norma jurídica.¹⁷

A doutrina privatista, que construiu a teoria do fato jurídico, costuma referir, antes da aludida classificação, aquela que aparta os suportes fáticos em naturais e humanos, considerada a mais relevante de todas. Correspondem os primeiros aos fatos jurídicos em sentido estrito; os segundos, aos atos jurídicos. Para que um fato entre na última categoria reclama-se seja voluntário.¹⁸

Explicitada a noção de fato jurídico, decorre dele o conceito de ato jurídico (*lato e stricto sensu*¹⁹), enquanto exteriorização consciente da vontade dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não-proibido²⁰, e possível²¹.

14 CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Generale del Diritto*, Dallosio, Milano 1997, p. 84. Tradução nossa.

15 V., GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, Forense Rio de Janeiro, 1996, p. 228.

16 Importa referir que o tema dos direitos subjetivos não é novo no debate jurídico ocidental. Lembra-nos CAVALCANTI, Themístocles BRANDÃO. "Teoria dos Atos Administrativos", *Revista dos Tribunais*, São Paulo 1973, pp.17 e ss., que o direito subjetivo ora tem sido concebido como um poder, manifestação da vontade, concedido pela ordem jurídica (Windscheid); ora deduzindo que é o interesse e não a vontade que constitui o substrato desse direito, configurando-se como um interesse juridicamente protegido por uma ação, um meio coercitivo – Estado (Ihering); ora ainda como um poder da vontade humana que, reconhecida e protegida pela ordem jurídica, tem por escopo um bem ou um interesse (Jellinek). Assim, há no mínimo três elementos configuradores do direito subjetivo: vontade, proteção jurídica e interesse.

17 Não pretendendo alongar esse tema, podemos apresentar como exemplificação os fatos jurídicos nominados de *ordinatórios* (morte, nascimento, maioridade, prescrição aquisitiva, etc); *extraordinários* (caso fortuito ou força maior, caracterizados pela inevitabilidade do evento e ausência de culpa na produção do ocorrido). Conforme SERPA LOPES, Miguel Maria, *Curso de Direito Civil*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro 1996, p.361.

18 ALBUQUERQUE, Ronaldo de Medeiros e, "Ato Administrativo, Ato-Fato Administrativo", in *Revista Trimestral de Direito Público*, vol.23, Malheiros São Paulo, 1998, p. 56.

19 Tradicionalmente, o ato jurídico *lato sensu* tem sido entendido como abrangendo tanto as ações humanas obedientes à ordem constituída -determinantes de conseqüências *ex lege-* desejadas ou não, quanto àquelas declarações de vontade com escopo determinado, hábeis a produzir efeitos jurídicos predeterminados. A esta segunda categoria, constituída de uma declaração de vontade dirigida no sentido da obtenção de um resultado, é que a doutrina mais festejada chama *ato jurídico stricto sensu*, e a moderna de *negócio jurídico*. Nesse sentido, as obras mais clássicas do Direito Privado brasileiro, já referidas anteriormente.

Seguindo a orientação dos civilistas ocidentais modernos, podemos afirmar que não são todas as ações humanas que constituem *atos jurídicos*, mas tão-somente aquelas que traduzem conformidade -ou desconformidade²²- com a *ordem jurídica* vigente. Veja-se que, aqui, a vontade individual tem o poder de instituir resultados ou gerar efeitos jurídicos, sendo os *atos jurídicos* -enquanto expressão volitiva das partes- verdadeiras *fontes de direitos*.

Conclui-se, pois, que todo o *ato jurídico* se origina de uma emissão de vontade, mas nem toda a declaração de vontade constitui um *ato jurídico*. De qualquer sorte, é através da autonomia da vontade em conformidade com a lei que o indivíduo -*homo faber*- é livre para criar direitos e contrair obrigações, sempre *ex lege*, em nome da ordem pública estabelecida, com escopo de viabilizar *a vida em sociedade*.²³

É de se notar que é a própria legislação, no caso brasileiro, que internaliza tal perspectiva conceitual de ato jurídico, necessariamente dirigido à obtenção de um resultado, protegido ou não vedado pelo ordenamento vigente (lícito e possível). Nesse sentido, a dicção do art.81, do Código Civil brasileiro de 1916, asseverando que *todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico*.

A despeito da disposição normativa não tratar objetivamente do elemento volitivo do ato jurídico, apenas realçando os requisitos de sua externalidade, importa reconhecer que esse também pode produzir efeitos jurídicos, principalmente, por exemplo, quando afeta a própria manifestação da vontade (haja vista o tema dos vícios do consentimento). Compreende, pois, o caráter de licitude do ato exatamente a conformidade que ele mantém com o ordenamento válido e vigente. Sobre o assunto, assim se manifesta Carvalho Santos:

Para que a manifestação da vontade colha a figura de ato jurídico, é preciso que a declaração parte de agente capaz, recaia sobre objeto lícito e se produza em forma prescrita ou não defesa em lei. A simples vontade ou resolução não bastam, para que o ato exista: será necessário que essa deliberação se manifeste de modo válido. Mas, justamente para que essa declaração se realize validamente é que se requerem capacidade, o objeto lícito e a forma.²⁴

20 Destaca-se aqui o princípio da liberdade de agir ao indivíduo, enquanto *homo faber*, garantida pela economia de mercado vigente. A lógica para o Estado é inversa, como já referimos.

21 Conforme MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico*, Saraiva, São Paulo 1997, p.116.

22 O ato ilícito se afigura também como ato jurídico, pois vem albergado no sistema jurídico, mesmo que de forma negativa, enquanto reprimido por ele.

23 A forma extremada de abstração desses conceitos faz com que as questões atinentes à sua concretude social desconsidere os elementos conjunturais do cotidiano, que efetivamente explicitam as profundas diferenças materiais que atingem os sujeitos de direito alcançados pelo sistema e ordenamento jurídico. Uma excelente análise desta matéria podemos encontrar em FERRI, Luigi, *La Autonomia Privada*, Editorial Comares S.L., Granada 2002.

24 SANTOS, J. M. Carvalho, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro 1985, p.266. Vide art.82 do Código Civil Brasileiro. Os tribunais brasileiros têm dado relevo para estas questões, principalmente quando elas dizem respeito à quaisquer tipos de nulidades (arts.145 e 147 do CCB): *COMPRA E VENDA - BENS DE MENORES - FORMALIDADE ESSENCIAL - DEPÓSITO DO PREÇO E ASSISTÊNCIA DO MP - DESCUMPRIMENTO - NULIDADE - EFEITOS - CC, ARTS. 82 E 130 - É nulo o contrato de compra e venda de imóvel de propriedade de menor, em razão da inobservância de formalidade essencial, prescrita em decisão judicial: o depósito do preço em caderneta de poupança e a assistência do MP. A nulidade do primeiro ato invalida os atos subsequentes de transmissão de domínio, inclusive a hipoteca constitutiva de ônus, ressalvando-se indenização a terceiros de boa fé. Relevância do princípio forma dat esse rei, positivado nos arts. 82 e 130, do CC. (TRF 1º R. - AC 89.01.00504-2 - MG - 3º T. - Rel. Juiz Vicente Leal - DJU 03.12.92) (RJ 187/79).*

Daí que se diferem os institutos do ato *stricto sensu* e do negócio jurídico. Este se assenta na idéia de um pressuposto de fato ou querido pela vontade de um sujeito de direito albergada pelo ordenamento vigente e válido, centrado, portanto, na cognição volitiva do agente propulsor do negócio, surtindo direitos e obrigações consecutórias²⁵. De outro lado, o ato jurídico ora referido se apresenta como não-negocial, pois a vontade que lhe dá origem tão-somente se adequa à modalidade jurídica permissiva, respeitando os ditames expressos pela norma, o que minimiza a autonomia da vontade dos interessados.

Cumpra avaliar, agora, se os conceitos acima apresentados se prestam para o enfrentamento do conceito e operacionalidade contemporânea do ato administrativo.

III. ATO JURÍDICO E ATO ADMINISTRATIVO

A tarefa de conceituar o ato administrativo não é das mais fáceis, tanto em razão do que a doutrina mais tradicional disciplina, como em face das formas mais variadas com que os operadores do direito o vem tratando, em regra como uma tão-somente espécie do gênero ato jurídico (sob a perspectiva tratada pelo direito privado).

Lucia Valle Figueiredo demarca um conceito bastante preliminar de ato administrativo ao dizer:

Ato administrativo é a norma concreta, emanada pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário²⁶.

Veja-se que este conceito de Ato Administrativo contempla não somente os atos praticados pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, mas também aqueles atos praticados no exercício de função administrativa, como os levados à cabo pelos delegados de serviço público, o que de uma certa forma já vem contemplado pelo amplo alcance dado à responsabilidade do Estado no parágrafo sexto, do art.37, da Constituição Federal de 1988.

A partir do que já referimos, a natureza fundacional do ato jurídico enquanto elemento nuclear do objeto do conhecimento e da normatividade jurídica, desde os Romanos, sempre esteve ligada à idéia de manifestação da vontade e disponibilidade dos interesses envolvidos nesse ato, enquanto que o ato administrativo, na condição mesmo preliminar de comportamento do Estado/governo, obedeceu (também em nível de história) uma outra lógica: a do Poder Político (não raro representante dos interesses comunitários), e de sua disciplinação normativa moderna²⁷.

25 Por óbvio que a validade do *negócio jurídico* está na contingência de se sujeitar ao que a lei prescrever e evitar o que ela positiva como defeso. E na falta de uma ou outra imposição que as partes estão livres a transigir, porém, desrespeitando às mesmas, uma vez exigidas, provocarão a *nulidade* ou a *anulabilidade* do *negócio jurídico*, nos termos dos já citados arts. 145 e 147 do Código Civil Brasileiro de 1916, e do art.166, e seguintes, no Novo Código Civil Brasileiro.

26 FIGUEIREDO, Lucia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros São Paulo, 1998, p.125.

27 A despeito dos índices e formas de exclusão social que isso, por vezes, implicava. Nesse sentido ver o texto de BORDEAU, Ferdinand Dietrich, *Histoire du Droit Administratif*, PUF, Paris 1997, pp. 234-235.

De pronto, assim, podemos perceber -ao menos no âmbito de nossa abordagem²⁸ - uma distinção de natureza que pode ser destacada entre o ato jurídico e o ato administrativo. O primeiro, tem como pressuposto constitutivo a deliberação de vontade de um sujeito de direito sobre objetos/interesses que podem receber destinação/finalidade consoante suas manifestações volitivas, desde que não violem norma jurídica válida e vigente. Enquanto isso, o ato administrativo conta com outro pressuposto de base, a saber, axiológico-institucional, voltado à natureza do poder político e seu exercício²⁹, a despeito de também estar vinculado à dicção normativa válida e vigente.

Tal distinção, todavia, não autoriza a tese de que carece de vontade os atos estatais administrativos. Pelo contrário, eis que:

O Estado exerce as suas funções através de manifestações de sua vontade, quer em relação a outras pessoas públicas, quer em relação aos particulares, pessoas de direito privado, e nesta qualidade se apresenta como parte nas relações jurídicas que daí decorrem.³⁰

Veja-se que, nesta direção, a manifestação de vontade que emana do Estado vem já demarcada pelo interesse que a funda, autoriza e lhe dá legitimidade, a saber: o interesse público, aqui enquanto equivalente ao interesse da comunidade (corpo vivo de todos os cidadãos, e não de parte deles). Tais interesses, por sua vez, estão inseridos no sistema jurídico brasileiro vigente, constituindo um plexo de prerrogativas/direitos nominados de *direitos subjetivos públicos*³¹.

Significa dizer, com Alessi, que os atos administrativos -caracterizados aqui como estatais- se de um lado dizem respeito aos comportamentos officiosos da Administração Pública, na condição de detentora do *ius imperium*, de outro lado, apresentam-se como condutas (omissivas ou comissivas), instrumentos e mecanismos necessários à persecução dos interesses públicos previamente dispostos pelas normativas institucionais - constitucionais e infraconstitucionais³².

Estas condutas estão igualmente condicionados por um núcleo fundamental de compromissos constitucionais, de natureza valorativa e ética, eis que dizem respeito à obrigação do Estado (junto com a Sociedade) perseguir a concretização dos direitos e garantias fundamentais, tanto no que tange às expectativas materiais que deles emanam, como

28 Importa lembrar que tal abordagem, de forma absolutamente consciente de nossa parte, diz respeito às finalidades e mesmo origens que defendemos possuir o Estado e a Administração Pública enquanto tal, e em especial no Brasil a partir da Constituição de 1988.

29 É de se assinalar que não estamos ainda abordando o tema sob a perspectiva da Idade Moderna desses institutos, mas no plano mesmo da história geral de conformação do conceito de ato jurídico e ato administrativo. Com tal postura, não concordamos que a matéria só tenha recebido tratamento no Estado Moderno, como quer OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, "O pressuposto lógico do ato administrativo" in *Revista Trimestral de Direito Público*, vol.19. Malheiros, São Paulo 1997, p.81, mas esteve presente sempre que se discutia o problema do exercício do poder no Ocidente.

30 CAVALCANTI, Themístocles Brandão, "Teoria dos Atos Administrativos", *Revista dos Tribunais*, São Paulo 1973, p.22. Destacamos, aqui, a consciência da concepção demasiadamente institucionalista de Cavalcanti, pois, em outra passagem, aduz que: *a noção de direito subjetivo é puramente metafísica, não tem reflexo na realidade, nem na ciência positiva. A existência de um sujeito, titular de um direito, emana do direito objetivo. A posição do sujeito, na relação jurídica é passiva diante da norma legal, da regra de directo*, p.20. Por óbvio que com tal compreensão do fenômeno jurídico, as conclusões do autor vão na direção de que centra-se exclusivamente no Estado Nacional a competência de demarcação do que é possível reconhecer como direito subjetivo a ser tutelado pela ordem jurídica.

31 Como quer BONARD, Roger, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, Dalloz, Paris 1979, p.63, esses direitos se apresentam como resultado do enfrentamento que ocorre entre interesses privados e interesses sociais, estabelecendo uma relação de prioridade entre os interesses gerais sobre os individuais.

32 ALESSI, Renato, *Principi di Diritto Administrativo*, op.cit., p. 274.

também no que diz respeito às suas dimensões processuais, oportunizando e reconhecendo a necessária ampliação do espaço de constituição, deliberação e execução dos interesses públicos comunitários, a fim de incluir nele todos os indivíduos ou coletividades que são alcançados por tais condutas (executivas, legislativas ou judiciárias).

A par desse conceito amplo de ato administrativo, somos obrigados a reconhecer que medidas como os regulamentos administrativos, os atos políticos dos agentes públicos, os atos internos e os praticados pelo Estado ou seus representantes, regidos pelo direito privado, também se apresentam como suscetíveis de enquadramento nesta condição³³.

Em face disto, é a própria noção de atos discricionários da Administração Pública que igualmente entra em foco e demanda redimensionamento conceitual, haja vista que o limite de opções e deliberações de natureza política (conveniência e oportunidade), precisam ser cotejados com os compromissos sociais indeclináveis -procedimentais e materiais- que afetam o Poder Público como um todo, delimitados pelos princípios, prerrogativas e garantias constitucionais vigentes. Aqui, o tema do *mérito administrativo* se expõe igualmente ao controle político e jurisdicional, uma vez que não se encontra em um campo de absoluta subjetividade e eleição do agente público, mas está condicionada às regras do jogo democrático da governança, alçando a sociedade civil à condição de partícipe no governo, enquanto co-responsável pela gestão dos interesses comunitários.

Neste particular, novamente o Superior Tribunal de Justiça vem ratificando a nova ordem constitucional brasileira, ao decidir que:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.³⁴

Importa frisar, todavia, até em termos de responsabilidade agravada do Estado, que no conceito de ato ora esposado inclui-se também o ato ilícito, principalmente no que tange aos seus efeitos.

Nessa direção, toma relevo uma revisão do conceito moderno de Ato Administrativo, haja vista que sua dimensão categorial restou ampliada em face das responsabilidades do Estado Democrático de Direito, o que de igual forma aumenta a necessidade de termos mecanismos de monitoramento preventivo e curativo do seu evoluir operacional no cotidiano da Administração Pública, tanto em nível interno como externo, contando com a sua sindicabilidade pelo Poder Judiciário, o que demanda, por sua vez, certa flexibili-

33 Alertamos para este fato em face de existirem alguns posicionamentos administrativistas no sentido de conceberem tais atos com natureza distinta da do ato administrativo, eis que constituiriam ato abstrato e geral, Nesse sentido o trabalho de OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, *O pressuposto lógico do ato administrativo*, op.cit., p. 84.

34 STJ - RESP 493811 - PROC 200201696195-SP - 2º T. - Rel. Eliana CALMON - DJU 15.03.2004, p. 236. Na mesma direção, temos a assertiva de que, em nosso atual estágio, os atos administrativos devem ser motivados e vinculam-se aos fins para os quais foram praticados. *Não existem, nesta circunstância, atos discricionários absolutamente imunes ao controle jurisdicional. Diz-se que o administrador exercita competência discricionária, quando a lei lhe outorga a faculdade de escolher entre diversas opções aquela que lhe pareça mais condizente com o interesse público. No exercício desta faculdade, o Administrador é imune ao controle judicial. Podem, entretanto, os tribunais apurar se os limites foram observados.* STJ - MS 6166 - DF - 1º S. - Rel. Min. Humberto GOMES DE BARROS - Unânime - DJU 06-12-1999, p. 62.

zação do conceito e prática ortodoxa e rígida da teoria dos freios e contrapesos tão festejada pela cultura jurídica ocidental. De tal sorte, o comportamento administrativo tipificado como ato oficioso não tem o condão de eternizar a medida levada à cabo pelo Poder Público, mas o sujeita a revisibilidade permanente (endógena e exógena).

Da mesma forma, o próprio dever da Administração Pública justificar e fundamentar seus atos, única maneira de viabilizar a fiscalização do cumprimento do disposto no art.37, da CF/88, deve estar presente no âmbito de todo e qualquer ato que ela pratica, seja de forma explícita ou tácita, desde que oportunize o cotejamento com seus compromissos constitucionais referidos, sob pena de desvio de finalidade e correição forçada.

Inexorável, em face do ponderado, que o próprio aferimento da validade e da eficácia do ato administrativo, redimensionam-se, mantendo suas particularidades diferenciadoras³⁵.

Se a validade do ato tem a ver com os aspectos de justeza às disposições normativas vigentes e apropriadas para o caso concreto em que ele opera, cumpre perquirir qual a abordagem hermenêutica com a qual se realizará esta aferição. Significa dizer que importa delimitar neste momento a compreensão prévia de sistema, ordenamentos e normas jurídicas que vão estar na base de avaliação da pertinência axiológica-constitucional do ato administrativo sob comento.

Não basta, pois, tão somente realizar uma aproximação lógico-substantiva das normas existentes ao atos praticados, através de metodologias meramente gramaticais ou exegético-dedutivas, haja vista que o sistema jurídico pátrio tem outra conformação a partir da Carta Política de 1988, passando a contar com vetores axiológico-normativos vinculantes às possibilidades interpretativas e operativas de todo e qualquer ordenamento de condutas e comportamentos, públicos ou privados.

Para se aferir a validade do ato, desta maneira, mister é que se faça um controle de substancialidade constitucional e infraconstitucional de suas motivações, fundamentos e justificativas, assim como de seus efeitos, afim de assegurar a não violação e, mais que isto, a promoção dos compromissos políticos veiculados pelos objetivos e finalidades da República Democrática de Direito vigente. Ocorrendo tal violação, ou havendo potencial periclitização destes compromissos, impõe-se a auto-revisão do ato administrativo, ou mesmo seu controle externo, pela via da jurisdição ou da política.

A eficácia, por fim, enquanto momento em que o ato encontra-se em condições de produzir todos os seus efeitos, ou seja, em que ele não esteja sujeito a qualquer tipo de controle prévio (de legalidade ou de mérito), e tampouco esteja dependendo de condição suspensiva, termo ou encargo, também tem de levar em conta os argumentos expendidos acima, até porque aqui o conceito de eficácia está relacionado com o tema de estar apto a produzir efeitos.³⁶

Estamos dizendo que, uma vez concluída a avaliação da validade do ato, ainda há que se perscrutar sobre a sua forma de operacionalização social e política, quando alguns elementos que podem ser constitutivos dele devem ser identificados, sob pena de ser tido como ineficaz. Por exemplo, naquelas situações em que se exige a participação social e

35 No que tange à perfeição do ato, aqui tida pelo simples fato de já existir mundo jurídico, eis que esgotou o seu ciclo de formação, necessariamente previsto em norma jurídica cogente, inexistente transmutação significativa, pois afere tão somente os seus aspectos formais de constituição.

36 Neste sentido também disciplina FIGUEIREDO, Lucia Valle, *Curso de Direito Administrativo, op. cit.*, p. 129.

popular à execução de determinada política pública (plano diretor, educação, serviços públicos), enquanto não providenciada tal medida, inexistem condições eficáciais à sua execução.

Neste particular, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70002576072, tendo na relatoria o Eminentíssimo Des. Clarindo Favretto, julgada em 05-05-2003, decidiu que se revela inconstitucional alteração legislativa em Plano Diretor que não assegura a participação de entidades comunitárias, haja vista as disposições constitucionais pertinentes à espécie.

A aferição da eficácia, de outro lado, também deve ser permanente (não só preventiva, como no caso citado), porque se pode descobrir, no âmbito da efetivação do ato administrativo, que ele perdeu sua dimensão social ou política, podendo contaminar com vício insanável sua validade. Isto ocorre naqueles casos em que, mesmo constituídos formalmente os espaços para participação social em determinados atos administrativos (Conselhos Municipais), estes são esvaziados por manipulação ou coerção política dos agentes políticos.

É em face disto que estamos defendendo, a despeito do algo grau de tecnicidade dado pela tradicional doutrina e casuística da Administração Pública no Brasil, impõe-se a adoção de mecanismos publicizadores e eficáciais das ações administrativas, garantindo a ampla possibilidade de aferição e controle de seus pressupostos e elementos constitutivos. Estamos falando da transparência e da publicidade destes comportamentos estatais, tema que passamos a avaliar.

IV. TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

A Carta Política brasileira em vigor, em seu art. 37, *caput*, constitucionalizou a moralidade, cognada com a publicidade, dos atos e decisões administrativos. Esta, a publicidade, é mero corolário daquela, a moralidade. Sem a obrigatoriedade da publicação daquilo que realiza a Administração, seriam inócuas, não só a juridicização da moralidade, elevada à condição de princípio constitucional, como inúmeras outras providências vinculadas a um verdadeiro instrumental de natureza processual postos à disposição da sociedade, a quem a Constituição Federal outorga igualmente a fiscalização da atividade administrativa.

É de se destacar que a publicidade preconizada é corolário do direito de informação (art. 5º, XXXIII), porquanto, pela dicção do preceito constitucional, todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações do seu interesse particular, ou de interesse coletivo e geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade.

Conforme Geraldo Ataliba³⁷, toda pessoa, todo cidadão tem direito a informar-se e, portanto, saber as coisas que estão sendo decididas pelo Estado. Daí a fundamentação política e jurídica da publicidade como critério de transparência dos atos do Poder Político (de todo ato administrativo).

Veja-se que não só a todos é assegurado acesso a qualquer informação (art. 5º, XIV, da Constituição Federal, excetuando-se os casos vedados pelo próprio sistema jurídico)

37 ATALIBA, Geraldo, "Eficácia do Ato Administrativo", in *Revista de Direito Público*, nº 99, pp. 18-19.

como, evidentemente, de modo especial, informações ligadas aos negócios públicos, às atividades dos servidores públicos, seja qual for a esfera federativa ou os agentes públicos envolvidos.

A publicidade transformou-se, assim, em condição de legalidade e legitimidade dos atos e das decisões administrativas. Sem a publicação e com a completude indispensável ao conhecimento da sociedade como um todo, são ineficazes, nulos, sem qualquer efeito jurídico tais comportamentos estatais³⁸.

O princípio da publicidade, dessa forma, obriga a Administração Pública a expor todo e qualquer comportamento que lhe diga respeito e que não versa sobre aquelas matérias cujo *sigilo seja imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado*. É esse princípio que confere certeza às condutas estatais e segurança aos administrados.

De outro lado, a publicidade resulta, no Estado Democrático Brasileiro, do princípio segundo o qual sendo o poder do povo (art.1º, parágrafo único, da C.F./88) e, conseqüentemente, sendo o Estado o próprio povo reunido e constituído sob determinado modelo de Direito, para atingir seus objetivos definidos sistematicamente, tudo o que a pessoa estatal faça ou deixe de fazer, enfim, todos os seus comportamentos, devem ser do conhecimento público.

Considerando-se que a democracia constitucional que se põe à prática contemporânea tem como pressuposto fundante contar com a participação direta dos cidadãos, especialmente para efeito de fiscalização, controle da juridicidade e da moralidade administrativa, há que se concluir que não se pode cuidar de exercer os direitos políticos sem o conhecimento do que se passa no Estado³⁹. Mais do que isto, a partir deste parâmetro conceitual, organizacional e operacional do Estado Constitucional brasileiro de que estamos falando, mister é reconhecer, na verdade, a participação da cidadania em todos os momentos da gestão do espaço civilizatório em que vive (inclusive o que está representado no Estado Administrador) como condição de legitimidade e mesmo validade das ações estatais - notadamente naquelas circunstâncias em que tal situação se apresenta como condição de ação do ente administrador.⁴⁰

Ocorre que para tal publicidade ter um mínimo de eficácia social vinculante à sua intenção matricial -oportunizar o conhecimento e participação da comunidade-, importa que ela se dê de forma a garantir tanto o acesso à informação por parte da sociedade civil, como também que esta informação publicizada seja suficientemente didática e clara para os efeitos de oportunizar materialmente a compreensão e o entendimento do público que quer atingir, eis que é comum serem as publicações oficiais transmitidas em veículos poucos conhecidos e de difícil acesso (inclusive cultural) à população, em linguagem demasiadamente técnica, tornando ficcional a medida e o atendimento ao comando constitucional⁴¹.

38 Conforme SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros, São Paulo 1999.

39 MORAIS, Marília Mendonça, "O Princípio da Publicidade", in *Princípios Informadores do Direito Administrativo*. Saraiva, São Paulo 1995, p. 253. Poderíamos referir aqui que tal postura se afigura como condição ativa de cidadania.

40 Estamos falando, por exemplo, de ações que envolvam gestão do espaço urbano, em que a participação da cidadania perpassa todas as diretrizes gerais federais estabelecidas pelo Estatuto da Cidade (Lei nº10.257/2001), bem como a interlocução política que se exige da Administração Pública com os órgãos e entidades que lhe assessoram no cotidiano das demandas e políticas públicas que tem de atender (Conselhos Municipais, Estaduais, Federais).

41 Neste sentido, a seguinte decisão judicial: *O princípio da vinculação ao instrumento convocatório norteia a atividade do Administrador, no procedimento licitatório, que constitui ato administrativo formal e se erige em freios e contrapesos aos poderes da autoridade julgadora. O devido processo legal se traduz (no procedimento da licitação) na obediência à ordenação e à sucessão das fases procedimentais consignadas na lei e do edital de convocação,*

Pode-se extrair desta situação um descumprimento em face da norma jurídica que determina tal comportamento, a ser corrigida pela via administrativa ou mesmo judicial.

Não se pode aceitar, pois, decisões administrativas implícitas ou secretas, ou, ainda, eivadas de omissões ou incompletudes que lhes tornem incompreensíveis, em seu conteúdo, à coletividade. Se o objetivo maior da publicidade é o de levar ao conhecimento de todos os cidadãos o que se realiza no âmbito dos órgãos administrativos, cujas atividades, de modo geral, devem se revestir da mais límpida transparência, publicar-se uma decisão ou um ato administrativo sem um mínimo de justificação que possibilite a compreensão de seu conteúdo, equivale a não publicar.⁴²

Estão, pois, submetidos ao princípio da publicidade, como condição de validade e legitimidade, atos e decisões de qualquer natureza: os contratos administrativos, os atos gerais e individuais, de gestão, vinculados ou discricionários, normativos, de provimento e desprovimento de cargos, licitatórios, punitivos, portarias, avisos, circulares, instruções, dentre outros, além das decisões, sejam elas proferidas em processos punitivos, sejam em requerimentos ou procedimentos concessórios ou denegatórios de vantagens financeiras ou de quaisquer benefícios⁴³. Por óbvio que nos limites materiais atinentes às finalidades dos atos referidos, eis que, dependendo a quem interessa de forma objetiva o ato é que o tipo de publicidade vai se impor.

A publicidade, adverte José Afonso da Silva, sempre foi tida como um princípio administrativo porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, *a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. Especialmente exige-se que se publiquem atos que devam surtir efeitos externos, fora dos órgãos da Administração*⁴⁴.

De outro lado, a publicidade dos atos e decisões, além de assegurar a respectiva eficácia e produzir efeitos externos, visa propiciar aos interessados diretos o seu conhecimento, através dos instrumentos que a Constituição e a Lei põem à disposição da sociedade: ação popular, ação civil pública, ação de ressarcimento de dano aos cofres públicos, mandado de segurança coletivo, habeas data, direito de petição, ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

sendo este inalterável através de mera comunicação interna aos licitantes (art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93). Desde que iniciado o procedimento do certame, a alteração do Edital, com reflexo nas propostas já apresentadas, exige a divulgação pela mesma forma que se deu ao texto original, determinando-se a publicação (do Edital) pelo mesmo prazo inicialmente estabelecido. O aviso interno, como meio de publicidade às alterações subsequentes ao instrumento de convocação, desatende à legislação de regência e gera aos participantes o direito subjetivo a ser protegido pelo mandado de segurança. Julgado pelo STJ - MS 5.755 - DF - 1º S. - Rel. Min. Demócrito Reinaldo - Unânime - DJU 03-11-1998, p. 6.

42 Sabemos que, através de uma perversa burocratização e publicização de informações com alto grau de tecnicidade e complexidade, consegue-se cumprir formalmente o preceito constitucional da publicidade sem, no entanto, assegurar acesso fácil e efetivo à informação, condição de avaliação e controle real. Essa tem sido a prática de alguns setores da Administração Pública no Brasil, isto é, uma forma de burlar o princípio constitucional, escondendo dos cidadãos de modo geral o verdadeiro conteúdo do ato ou da decisão e, quiçá, os seus próprios objetivos. Neste sentido, ver o texto de CHICÓSKI, Davi. "Burocracia e Legitimação: fundamentos do procedimento administrativo eficiente". In *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Vol.15, jan/mar, 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.19.

43 A doutrina internacional do Direito Administrativo tem insistido no fato de que a publicidade é requisito de eficácia e moralidade e não de forma do ato administrativo. Por esta razão, enfatizam os juristas, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade e eficácia. Neste sentido SATTI, Philippo. *Introduzione ad un Corso di Diritto Amministrativo*. Cedam, Pádua: 1990. Também o texto de PÉREZ, Javier González, *La ética en la Administración Pública*, Civitas, Madrid 2002.

44 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros: São Paulo, 1997.

Assim, a publicidade, embora não tenha conotação de absoluta, só encontra limite na defesa da intimidade do administrado, na segurança da sociedade ou na segurança do Estado. Nesses confins, por exemplo, estão o sigilo bancário e a proibição de a Fazenda Pública informar sobre a situação financeira dos contribuintes. Mais recentemente, a jurisprudência pátria está cuidando do tema que envolve a devassa na gestão operacional dos interesses públicos, alegando, com acerto, que os Poderes do Estado não podem ceder a caprichos de interesses privados para, sem motivo relevante algum, bisbilhotar nos atos oficiosos e de gestão cotidiana da Administração Pública.⁴⁵

Prática manifestamente inconstitucional e utilizada pelos órgãos da Administração, inclusive pelos Tribunais, tem sido, ao nosso ver, a publicação, nos jornais oficiais, de extratos de decisões de tal modo resumidas que impedem, ao povo em geral, e aos interessados, a cientificação do seu conteúdo. São decisões (ou despachos) constituídas, no mais das vezes, de uma só palavra: *defiro*; *indefiro*; *defiro de acordo com o parecer de fls.*; *defiro de acordo com a lei nº tal*. São nestas decisões que, na maioria das vezes, se esconde eventual ilegalidade e, através delas, geralmente, se concede vantagens indevidas ou de legalidade duvidosa, arquiva-se processos administrativos e, até, declara-se a impunidade de servidores indiciados em inquéritos. Essas publicações, ao nosso ver, são nulas (ou ineficazes) porque não atendem aos objetivos da Carta Política.

Além da questão que envolve a publicidade, um outro tema recorrente e de igual importância no debate sobre os atos da Administração Pública são os que dizem respeito aos seus pressupostos e elementos constitutivos, matéria a ser apreciada a seguir.

V. DOS PRESSUPOSTOS E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Partindo-se, pois, do pressuposto de que o ato administrativo é sim manifestação da vontade condicionada estatal e, por isso, apresentando-se como uma das modalidades de fato jurídico, entendemos que, por tratar-se de ação vinculada a determinados princípios e competências -normativos-, força é reconhecer que todas as exigências formais impostas àqueles atos dão-se nem tanto pelo fato de serem estatais, mas, fundamentalmente, para que possam ser controlados e responsabilizados, atentando-se sempre para o interesse protegido/perseguido.⁴⁶

Por tais razões se fala nos pressupostos subjetivos e objetivos do ato administrativo, principalmente com o intuito de aferir-se quais os atores sociais que estão autorizados para praticarem tais atos (plano de validade), e com que procedimentos. No que diz respeito ao seu pressuposto subjetivo, mister é que se avalie a capacidade da pessoa jurídica que praticou o ato e se ela tem *competência* para tanto no momento da emanção do ato, caso contrário, o ato será inválido. Já sobre o aspecto objetivo, avalia-se o momento an-

45 STF - ADI 2713 - DF - Tribunal Pleno - Rel^a Min^a Ellen Gracie - DJU 07-03-2003; STJ - MS 7.666 - DF - 3^a S. - Rel. Vicente Leal - DJU 11-03-2002.

46 Destacamos que é possível encontrarmos situações de fatos jurídicos administrativos enquanto ocorrência administrativa que independa de prévia manifestação formal da vontade estatal, como por exemplo, a ocupação administrativa de propriedade privada para atender uma emergência envolvendo segurança ou socorro público, provocado por inundações, terremotos, etc. Em tais circunstâncias, é a urgência da medida que impõe celeridade processual na solução da demanda. Isto não significa que há isenção de responsabilidades quanto a eventual abuso ou dano provocado pela iniciativa estatal.

terior ao ato, onde se encontra a justificativa da sua necessidade. Veja-se que aqui o foco de atenção se dá também em um campo de certa subjetividade, eis que o administrador, inexoravelmente, precisará realizar um movimento tanto de cognição como de valoração sobre a necessidade do ato. Tal juízo axiológico vai se dar levando em conta o universo normativo que ampara a realização do mesmo (em termos de princípios e regras jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais).

Significa dizer que há um misto de apreciação política e normativa na delimitação da necessidade do ato, conectada a primeira com a oportunidade e conveniência do tempo da sua realização; conectada a segunda à possibilidade e forma de fazê-lo⁴⁷. Estas duas fases pré-constitutivas do ato podem e devem merecer controle prévio, tanto da Administração Pública, quanto da Sociedade Civil e dos demais Poderes de Estado, num sentido preventivo de eventual dano aos interesses públicos envolvidos, haja vista que, em regra, medidas curativas, ressarcitórias ou indenizatórias, são sempre paliativos insipientes aos prejuízos já causados.

Já sobre a *finalidade* do ato, a saber, o bem jurídico objetivado, o resultado previsto legalmente como correspondente à tipologia do ato administrativo, ela está prevista implícita ou explicitamente pela Lei e, sua alteração, pode implicar desvio de poder, que rende ensejo a invalidação do ato. Neste aspecto, costuma-se perquirir qual o limite do controle administrativo e jurisdicional que pode operar em relação à sua aferição. Nos parece que tal limite quem o fornece é o próprio sistema jurídico a que está vinculada a Administração, nos termos dos seus princípios e regras jurídicas cogentes, a serem cotejados sempre com a dimensão pragmático-empírica do ato; é no caso concreto que vai se sindicarem o cumprimento da finalidade ou não.

As previsões explícitas dizem respeito àquelas proposições insertas nas normas jurídicas vigentes, tanto em nível constitucional como em nível de ordenamentos infraconstitucionais, destacando-se, de um lado, os seus aspectos descritivos - condição de validade⁴⁸, como é o caso das regras jurídicas; de outro lado, explicitando seus aspectos prescritivos (deônticos), e servindo de parâmetros/diretrizes fundamentais de interpretação e aplicação das demais normas jurídicas.⁴⁹

Já as previsões implícitas, referem-se às proposições normativas também insertas nos ordenamentos jurídicos, mas que se caracterizam mais por seus aspectos gerais de metas a serem alcançadas pela via dos instrumentos jurídicos. Enquanto tais, encontram-se dispersos ao longo do sistema sob comento, *sendo descobertos no interior de determinado ordenamento. E o são justamente porque neste mesmo ordenamento - isto é, no interior dele - já se encontravam, em estado de latência.*⁵⁰

No aspecto da *forma*, os atos administrativos, pela doutrina tradicional, exigem procedimentos especiais e forma legal para que se expressem validamente, ou seja, em regra,

47 A Administração Pública pode entender que, em determinada circunstância de tempo, o melhor para a comunidade é construir centros de lazer comunitário ao invés de postos de saúde nos bairros, e este juízo de valoração igualmente necessita ser fundamentado e justificado de forma pública. De outro lado e em regra, para todos os atos da Administração Pública há determinadas formas e fórmulas que precisam ser observados, sob pena de nulidade absoluta da prática levada à cabo (expropriação, execução fiscal, lançamentos tributários, licitações, contratos administrativos, etc).

48 Por exemplo, as regras que estabelecem as competências das entidades federativas no Brasil, umas de forma privativa, outras concorrente, etc.

49 Como é o caso dos Princípios Constitucionais insertos nos arts. 1º a 4º, da Constituição Federal de 1988.

50 GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. Revista dos Tribunais, São Paulo 1991, p. 130.

toda a forma estabelecida para o ato é substancial. A inexistência da forma induz a inexistência do ato administrativo, porém, mister é que se tonifique as implicações desta indução, a saber: indicadora de hipótese de densificação normativa⁵¹. Significa dizer que, ainda quando o ato administrativo levado à cabo não corresponda a uma determinada forma perquirida, é todo pertinente aferir-se, em face dos princípios da finalidade e utilidade dos comportamentos estatais, os fins efetivamente atingidos, cotejando-os com os interesses envolvidos. Nesse particular, por exemplo, se admite o ato administrativo não escrito em casos de urgência.⁵²

Quanto ao *motivo* do ato, é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. Esse motivo, por vir expresso em lei de forma explícita ou implícita, na verdade, é fundamentalmente aferido em face do comportamento concreto do administrador, eis que ele é que deve demarcar as possibilidades de relevância do ato, por certo induzido por circunstâncias reais (empíricas ou projetadas) atinentes às finalidades públicas - aqui compreendidas como as já insertas nos textos normativos, em especial na Constituição Federal. O que ocorre é que, muitas vezes, por deficiência interpretativa do administrador, os próprios motivos para a realização concreta do ato são desvinculados dos seus parâmetros normativos, revelando inclusive desvio de finalidade visando a obtenção de resultados ilícitos.⁵³

Por tais razões é que o Supremo Tribunal Federal, desde a década de 1960, tem sustentado que *o ato administrativo está sujeito aos ditames da lei, e quando motivado, ao exame da motivação. Não se pode fazer do fato consumado um monumento contra a justiça*.⁵⁴

Se é certo que o motivo do ato está informado pelas circunstâncias do mundo real, este mundo, por sua vez, tem diversas matizes e formas de ser intepretado, consoante particularidades idelógicas e filosóficas do hermeneuta, motivo por que, no Estado Democrático Brasileiro, em nosso sentir, há uma delimitação mínima-substancial às possibilidades de exegese do que demanda o mundo real nacional, regional e local, isto é, os objetivos, princípios e finalidades expressos no Título Primeiro da Carta Política de 1988 - destacando-se, por exemplo, os temas da dignidade da pessoa humana e dos Direitos Humanos⁵⁵.

51 Como quer CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*,. Marcel Pons, Buenos Aires 1993, p.172.

52 É de se notar que, consoante doutrina majoritária do Direito Administrativo, descumpridas as condições legais à consecução do ato administrativo, seu plano de existência ocorre fundamentalmente pelos efeitos que relaciona, não deixando de se caracterizar como inválido - o que gera as competentes responsabilidades consecutórias. V., neste sentido o texto de CASSESE, Sabino, *Trattato di Diritto Administrativo*, Giuffrè, Milano 2000, p.61. Lembremos, a título de curiosidade, que existem comandos administrativos explicitados pela via oral no âmbito cotidiano da Administração Pública, como as ordens dadas para o desempenho de atividade corriqueira, em relação a algum serviço burocrático a ser realizado pelos servidores - definição orçamentária do custo da folha de pagamento de pessoal e mesmo o do levantamento administrativo da dívida fiscal.

53 Quando, por exemplo, os reais motivos que ensejam o ato revestem-se de vendita política: Prefeito municipal que expropria área de adversário político para fins de vingança pessoal. Nestas circunstâncias, o procedimento expropriatório pode estar absolutamente regular, porém, o motivo está viciado, levando à sua fragilidade de sustentação.

54 Conforme decisão prolatada no RMS 14.164 - CE - 2ª T - Rel. Min. Pedro Chaves - DJU 26-04-1967.

55 Portanto, já adiantamos nossa discordância com a escola objetivista de análise do ato administrativo (predominante no Brasil), exigindo que a causa do ato esteja o máximo possível vinculada a um determinado pressuposto notadamente objetivo (proposição descritiva da norma - apofântica) do que tonificar o móvel do agente (o que explicita a importância da norma como proposição prescritiva-axiológica). Discutimos melhor esta abordagem em nosso texto LEAL, Rogério Gesta. "Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana". In *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Vol.15, jan/mar, 2004, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 149.

Tanto isso é crível que a teoria do direito administrativo há bastante tempo já vem aceitando o tema do *vício do erro de fato* na gestão pública, passível de caracterização do desvio de poder ou do seu excesso. Esse risco é permanente no que tange às ações e políticas públicas cotidianas da Administração, eis que ela precisa dar respostas às complexas demandas que se lhe apresentam cotidianamente. Na lição de Vedel, esse erro de fato do administrador/administração pode constituir uma violação de lei, o que acarreta a devida responsabilidade, aferida por instrumentos e instâncias próprias.⁵⁶

Sobre o tema, há ainda a *teoria dos motivos determinantes*⁵⁷, que se funda na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada (aferindo-se também o móvel do agente/ato administrativo), ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, e a CF/88 o exige, ficam vinculados a esses motivos.

Aliás, sobre este ponto, adverte Krell que:

[a] vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo vinculado não possui uma natureza diferente do ato discricionário, sendo a diferença, no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador, quantitativa, mas não qualitativa. A decisão administrativa oscila entre os pólos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não existem na prática; a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos lingüísticos utilizados pela respectiva lei.⁵⁸

O jurista italiano Guido Zanobini⁵⁹ sustenta que, enquanto no direito privado o motivo se equipara a manifestação volitiva que dá vida ao ato jurídico inserto na vontade do agente, no direito público, *os direitos ganham relevância, pois devem estar conectados com o interesse da comuna e determinado fim público pontual*.

Nesta direção tem se portado também a jurisprudência brasileira, ao referir que: *se a autoridade pública declina a razão pela qual pratica o ato impugnado, aplica-se ao caso a teoria dos motivos determinantes. Assim, para a aferição da legalidade da conduta do administrador, basta averiguar a validade da razão invocada para a prática do ato*.⁶⁰

De qualquer sorte, é possível sustentarmos que inexistente atuação administrativa válida desvinculada de situação de fato e/ou de direito que se encontra em sua base constitui-

56 VEDEL, Georges, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*. Sirey, Paris: 1994, p. 350. A jurisprudência nacional há tempo vem sustentando a tese de que o ônus de prova deste desvio de finalidade do ato é de quem alega, em face dos caracteres específicos do ato (avaliados em seguida): C.P.A. - RESOLUÇÃO 824, MOTIVAÇÃO - 1. *Em princípio, as resoluções do CPA devem ser motivadas expressamente. 2. Não pode haver controle jurisdicional dos motivos reais do ato administrativo, se o interessado não prova a inexistência dessa realidade ou de sua inadaptação às condições da lei para o exercício da atividade do órgão da administração pública.* (STF - RE 80.255 - SP - Rel. Min. Aliomar BALEEIRO - DJU 18.04.1975).

57 V., o texto de ENTERRÍA, Eduardo García de, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Marcial Pons, Madrid 2000, p.153.

58 KRELL, Andrés J., "A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados" e o controle da discricionariedade no Brasil". In *Revista Interesse Público*, vol. 23, Síntese, Porto Alegre: 2004, p.27. Lembra o autor, com acerto, que a doutrina nacional tem considerado *sempre vinculadas* a competência do ato (atribuição legal do órgão administrativo habilitado para produzir o ato), a sua forma (revestimento exterior do ato). Bem como a sua finalidade (resultado a ser alcançado com a prática do ato, o interesse público específico), enquanto o seu motivo e o seu objeto *constituem a residência natural da discricionariedade administrativa*, alcançando o mito do mérito da decisão.

59 ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Administrativo*, Giuffrè, Milano 1984, p. 274. Tradução nossa.

60 TRF1ª R. - REO 95.01.18359-9 - DF - 1ª T. - Rel. Juiz Ricardo MACHADO RABELO - Unânime - DJU 21-02-2000, p. 54.

va, carente sempre de explicitação e fundamento. Porém, tanto os pressupostos, elementos e o conteúdo do ato administrativo, todos, podem estar previstos de forma descritiva ou prescritiva na norma -constitucional e infra-constitucional-, dependentes do processo de integração do interprete/agente público à realidade social.⁶¹

Esta postura nos afasta novamente daqueles que acreditam que no exercício de competência vinculada, a prática de atos administrativos *não deixa qualquer subjetivismo no ato de aplicação jurídica*⁶². Ocorre que, também nesses atos, o processo de densificação da norma e seus comandos depende fundamentalmente do intérprete e da correlação jurídico-sistêmica entre regras e princípios que ele vai implementar. Afinal,

L'acte administratif est une déclaration de volonté de la personne morale de l'État en vue de produire un effet juridique. Ainsi, l'effet juridique dépend en quelque sorte de la volonté, mais le problème se pose quant au degré de cette dépendance.⁶³

Não estamos falando de um subjetivismo indene de quaisquer controles ou monitoramentos, mas de um elemento constitutivo do ato administrativo: o ser (agente que implementa o ato) que é no mundo com sua historicidade empírica. Neste sentido, tal comportamento administrativo apresenta-se como resultado de um fenômeno em que sempre é possível rejunter uma informação a seu contexto e ao conjunto ao qual pertence. Nas palavras de Morin, o conhecimento sobre esse ato torna-se cada vez mais pertinente quando é possível encaixá-lo num contexto mais global. Em contrapartida, se temos um conhecimento muito sofisticado, mas que é isolado, somos conduzidos ao erro e à ilusão.⁶⁴

Em termos de vigilância sobre os aspectos de legalidade e legitimidade do ato administrativo, estes estão sobejamente dispostos no sistema jurídico ocidental e brasileiro, tanto em nível constitucional como infra-constitucional⁶⁵, não servindo de justificativa para o seu enclausuramento a tese de vinculatividade gramatical ao texto normativo permissionário da conduta estatal.

Ao lado destas considerações de fundo envolvendo o instituto do ato administrativo, temos no país todo um arcabouço dogmático e positivo que sustenta seus significados e sentidos normativos, matéria que passamos a abordar a partir de agora.

61 Nesse sentido o trabalho de PEREIRA, André Gonçalves, *Erro e Ilegalidade do Ato Administrativo*, Lisboa: Ática, 1982, p.127. Adverte o autor ainda que a causa, em regra, pode ser deduzida da norma, no ato vinculado, todavia isto não ocorre nos denominados atos discricionários, em que a subjetividade do agente ganha fôlego para determinar o conteúdo da norma, densificando-a no plano da faticidade.

62 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, *O pressuposto lógico do ato administrativo*, *op.cit.*, p. 91. Cita o autor que neste sentido vai grande parte da doutrina brasileira, tais como: Lucia Valle FIGUEIREDO, Régis FERNANDES DE OLIVEIRA, Luciano FERREIRA LEITE. A própria concepção de Administração Pública de ALESSI, Renato. *Sistema Institucional del Diritto Amministrativo Italiano*. *Op.cit.*, p.05, pode ser referida nesse sentido: *Attiministrazione, infine, è la emanazione di atti di produzione giuridica complementari (o quanto meno di attività ausiliare di questi) inattuazione concreta dell'atto di produzione giuridica primario astratto contenuto nella norma legislativa: atti de produzione giuridica posti in essere dall'organo staduale come parte dei rapporti ai quali gli atti si riferiscono*.

63 STASSINOPOULOS, Michel, *Traité des Actes Administratifs*, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, Paris 1995, p. 39.

64 MORIN, Edgar, "Complexidade e Ética da solidariedade". In *Ensaio de Complexidade*, Edufrgn, Rio Grande do Norte 1999, p. 16.

65 Estamos falando desde a perspectiva dos controles internos como dos externos de tais atos.

VI. ASPECTOS DOGMÁTICO-TRADICIONAIS DO ATO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

A doutrina do direito administrativo mais tradicional no Brasil⁶⁶, ao menos de forma genérica, é bastante uniforme sobre os atributos do ato administrativo, quais sejam:

a) Presunção de Legitimidade, aqui entendida no sentido de que os atos administrativos já nascem com autorização de imediata execução ou operatividade, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade.⁶⁷ Outra consequência da presunção prefalada é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato para quem a invoca. O ato administrativo perfeito não é o que está apenas acabado (eficaz), mas sim completo (exequível), pela ocorrência de todas as condições de sua operatividade (igualmente dadas pela norma autorizadora e competente);

b) Imperatividade, dizendo respeito a imposição do ato a terceiros, independentemente da concordância destes, tudo em face do *ius imperium* do Estado;

c) Auto-executoriedade, consistente na possibilidade de certos atos administrativos ensejarem a imediata e direta execução pela Administração Pública, independentemente de ordem judicial.

Outro requisito de eficácia do ato administrativo, imposto tanto pela doutrina especializada, como pelo sistema jurídico e pela casuística, é o da sua *operacionalidade isonômica*, revestindo-se, na verdade, como verdadeiro princípio informativo dos atos da Administração Pública em geral. Tal princípio vincula incondicionalmente todas as manifestações do Poder Público, tendo como escopo central o de obstar discriminações e de extinguir privilégios para qualquer do povo, sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, por sua vez, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância deste princípio pelo legislador e mesmo pelo executor dos atos, imporá a eiva de inconstitucionalidade⁶⁸.

É de se gizar que a nulidade deve ser declarada, seja pela Administração ou pelo Judiciário, e, esta declaração, opera seus efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage as suas origens e

66 Como a que já referimos nesse trabalho: MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, São Paulo 1998; CRETELLA JR., José, *Curso de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro 1998; GASPARIN, Diógenes, *Direito Administrativo*, Saraiva, São Paulo 1998; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro 1998.

67 Neste sentido a jurisprudência brasileira: ATO ADMINISTRATIVO - REPERCUSSÕES - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE - SITUAÇÃO CONSTITUÍDA - INTERESSES CONTRAPOSTOS - ANULAÇÃO - CONTRADITÓRIO. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum a Administração e ao particular. (STF - RE 158.543 - RS - 2ª Turma - Rel. Min. Marco AURÉLIO - DJU 06-10-1995) (Ref. Legislativa: CF, art 5º, LV).

68 Neste sentido a decisão do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Injunção nº 58, da relatoria do Min. Celso DE MELLO - J. 14-12-1990, publicado no DJU de 20-02-1991.

alcança todos os seus efeitos passados, presentes e futuros em relação as partes, admitindo-se exceção aos terceiros de boa fé, sujeitos as suas conseqüências reflexas⁶⁹.

Na verdade, o reconhecimento da competência da Administração Pública revisar seus próprios atos -a despeito de já sumulada pelo STF (Súmulas 346 e 473)- tem sido adotado com cautela, firmando entendimento tanto o STF como o STJ no sentido de que o Poder de a Administração Pública anular ou revogar os seus próprios atos não é tão absoluto, como às vezes se supõe, eis que, em determinadas hipóteses, hão de ser inevitavelmente observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Isso para que não se venha a fomentar a prática de ato arbitrário, ou a permitir o desfazimento de situações regularmente constituídas, sem a observância do devido processo legal ou de processo administrativo, quando cabível⁷⁰. Neste sentido, o princípio de que a administração pode anular (ou revogar) os seus próprios atos, quando eivados de irregularidades, não inclui o desfazimento de situações constituídas com aparência de legalidade sem observância do devido processo legal e ampla defesa.⁷¹

Veja-se que irregularidades formais, sanadas por outro meio, ou irrelevantes por sua natureza, não anulam o ato que já criou direito subjetivo para terceiro⁷². Seguindo tal direção, sustentava-se que não haveria prazo para anulação do ato administrativo, matéria que a jurisprudência vem atenuando o rigor, no sentido de não manter, *ad eternum*, atos ilegítimos praticados e operantes a longo tempo, e que já produziram efeitos perante terceiros de boa fé. Da mesma forma, não se justifica a anulação de atos defeituosos na sua tramitação interna, pois, ao particular não se impõe a obrigação de fiscalizar, diutur-

69 100681 – PROFESSORA CONTRATADA, A TÍTULO PRECÁRIO, POR AUTORIDADE INCOMPETENTE – INEXISTÊNCIA DE NOMEAÇÃO, POR CONCURSO PÚBLICO – ATO NULO – COMANDOS ORIENTADORES DAS SÚMULAS n°S 346 E 473 DO STF – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTIDOS NO ART. 37, CAPUT, DA LEI FUNDAMENTAL, DE 05-10-88 – I. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do DF e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e a investidura em cargo ou emprego público depende da aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração, sendo que a não observância deste dispositivo implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei (CF, de 05-10-88, art. 37, caput, II e § 2º). II. Se a impetrante nunca integrou, de direito, o corpo docente da UFBA, pois fora contratada para prestação de serviço, a título precário, por ato exclusivo do Chefe do Departamento de Zootecnia, sem a chancela da autoridade competente e sem concurso público, afigura-se legítimo o ato, que determinou a extinção dessa situação fática, atípica e ilegal, posto que a Administração pode e deve anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direito. (Súmula n°s 346 e 473, 1ª parte, do STF). (TRF 1ª R. – AMS 89.01.25444-1 – BA – 2ª T. – Rel. Juiz Souza Prudente – DJU 17-12-90) (ST 21/99).

70 Nesse sentido a jurisprudência: Revista dos Tribunais, números: 183/823, 186/325, 277/16, 240/493. São Paulo: Revista dos Tribunais. A despeito de contarmos com algumas posições mais conservadoras que se afiguram, na verdade, como que inviabilizando a própria idéia de autonomia da gestão pública. Nesse sentido, a seguinte jurisprudência: EMENTA: AÇÃO DECLARATORIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO - REGULARIDADE DA SINDICANCIA QUE PROPORCIONOU AO AUTOR O EXERCICIO DA MAIS AMPLA DEFESA - REGULARIDADE DO ATO IMPUGNADO - IMPOSSIBILIDADE DE SE PROCEDER O DESCONTO EM FOLHA DE DANOS CAUSADOS PELO SERVIDOR SEM PROVIMENTO JUDICIAL A RESPEITO - SUCUMBENCIA RECIPROCA COM ENCARGOS CORRETAMENTE DISTRIBUIDOS. APELO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS. (6 FLS) (APC n° 598530004, QUARTA CAMARA CIVEL, TJRS, RELATOR: DES. JOAO CARLOS BRANCO CARDOSO, JULGADO EM 03-11-1999). Fonte: www.tj.rs.gov.br.

71 Conforme decisão do STJ - RMS 10.123 - RJ - 1ª T. - Rel. Min. Demócrito Reinaldo - Maioria - DJU 27-09-1999, p. 46.

72 Conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, no RMS 21.259, da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence - J. 24-09-1991, e publicado na *Revista de Direito Processual* n°10, p.159. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995. Desde o início da década de 1960, o STF já vinha insistindo com a tese de que o ato administrativo de que resulte vantagem para o particular só pode ser desfeito quando manifestamente ilegal ou em obséquio aos princípios da moralidade administrativa. Ver o julgado MS 9.774 - TP - Rel. Min. Gonçalves de Oliveira - J. 25-03-1963.

na e pontualmente, a conduta do Poder Público. Aplica-se a tais casos a presunção de legitimidade e a *doutrina da aparência*, que leva o administrado a confiar na legalidade dos atos da Administração⁷³.

Podemos falar ainda dos nominados atos administrativos inexistentes, enquanto possuidores tão-somente da aparência de manifestação regular da Administração, sem chegar a se aperfeiçoar como tal, caracterizando-se como inválidos desde sua origem⁷⁴. O enfrentamento desta matéria, inexoravelmente, leva o operador jurídico -na condição de controlador ou executor do ato- a um enfrentamento formal e substancial da conduta sob análise, não descurando de suas particularidades temporais e espaciais⁷⁵, eis que o contrário seria sobrevalorar aspectos procedimentais em detrimento das finalidades buscadas e atingidas, essas, é claro, sempre sujeitas a permanente controle social, administrativo e jurisdicional.

De outro lado, em termos de *avanços* no âmbito da gestão pública, não podemos deixar de tocar no tema da revogação do ato administrativo, principalmente no caso brasileiro, considerado aqui como oportunidade em que a própria Administração invalida, por motivos de conveniência, oportunidade ou justiça (mérito administrativo), um determinado ato administrativo, respeitando todos os efeitos já produzidos, porque decorrem de manifestação válida da Administração. Em princípio, todo o ato administrativo é revogável até que se torne irretratável para a Administração, quer por ter exaurido os seus efeitos ou os seus recursos, quer por ter gerado direito subjetivo para o beneficiário, interessado na sua manutenção.

A jurisprudência é conforme nesse sentido:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.⁷⁶

Ainda que tarde, os tribunais brasileiros têm sopesado, com tal decisão, as particularidades que toma o Gestor Público no seu cotidiano, constantemente desafiado para dar respostas aos problemas cada vez mais complexos apresentados por sua cidadania.

73 V., o trabalho de DIEZ, Manoel Maria. *El acto administrativo*. Depalma, Buenos Aires: 1995.

74 Assim a jurisprudência: *A anulação, que alguns preferem chamar de invalidação é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade. A anulação pode ser feita pela Administração Pública, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos, podendo tanto declarar a nulidade de seus próprios atos como anulá-los, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.* TRF 4ª R. – AMS 89.01.32831-1 – SC – 2ª T.– DJU 17.12.98) , ST nº21/99.

75 Até que ponto a declaração de desapropriação por utilidade pública, nos termos do art.6º, do Decreto-Lei nº3.365/41, emitida na forma de Portaria e não Decreto, porém, com todos os requisitos perquiridos pela normativa, não atende o seu fim? Impõe-se, efetivamente, a consideração de ser ato inexistente?

76 É o que dispõe a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, já referida. Da mesma forma a antiga súmula 346, do mesmo Tribunal, ratificava este posicionamento. Neste sentido, importa salientar que a anulação feita pela própria Administração independe de provocação do interessado, uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância. No entanto, vai-se firmando o entendimento de que a anulação do ato administrativo, quando afete interesses ou direitos de terceiros, deve ser precedida do contraditório, por força do artigo 5º, LV, da Constituição.

Neste cenário, compreensível e mesmo necessário se torna o fato de que estes, no afã de cumprirem suas funções de forma eficaz e prestativa, cometam equívocos, tanto procedimentais como materiais, tendo a oportunidade de reavaliar as ações nos termos da legalidade e legitimidade⁷⁷.

O aspecto que se discute é quanto ao caráter vinculado ou discricionário da anulação. Indaga-se: diante de uma ilegalidade, a Administração está obrigada a anular o ato ou tem apenas a faculdade de fazê-lo. Há opiniões nos dois sentidos. Os que defendem o dever de anular apegam-se ao princípio da legalidade⁷⁸; os que defendem a faculdade de anular, invocam o princípio da predominância do interesse público sobre o particular⁷⁹.

Nos parece acertada a perspectiva que sustenta a obrigatoriedade da Administração Pública proceder a invalidação do ato, eis que se põe aqui, além da natureza especial do interesse envolvido, a indisponibilidade dele, não tendo o Poder Público a faculdade de decidir pela manutenção de um ato eivado de vício, principalmente quando ela viola direito e garantia fundamental da cidadania.

A questão ainda não totalmente respondida oriunda daqui é a que diz respeito ao prazo que a Administração Pública possui para invalidar os atos viciados, haja vista a garantia constitucional da aquisição do direito em relação ao tempo decorrido e usufruído em relação a ele. Neste aspecto, estamos com Wanda Zancaner, quando assevera que o decurso de tempo, em nome da segurança jurídica, por si só, pode gerar a estabilidade do ato administrativo ilegítimo, sendo assim o ato sanado pela via prescricional. Na dicção da publicista, este prazo é de 20 anos, por ser este o maior prazo existente no ordenamento jurídico civil pátrio que serve para sanar situações nascidas sob o signo da invalidade⁸⁰.

Assim, sempre que um ato inválido tenha produzido situação jurídica que ampliou direito ou concedeu benefício, se ainda não sanada a invalidade do ato pelo prazo prescricional, estaremos frente a uma barreira ao dever de invalidar se, cumulativo a isto, nos depararmos com o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: (a) tenha decorrido um certo lapso de tempo desde a instauração da relação viciada; (b) exista uma regra ou princípio de direito que lhe tenha servido de amparo se tivesse sido validamente constituído; e, finalmente, (c) esteja configurada a boa-fé por parte do beneficiário⁸¹.

77 Nesse sentido, por exemplo, a seguinte Súmula nº 9 do Tribunal Regional da 4ª Região: *Incide correção monetária sobre os valores pagos com atraso, na via administrativa, a título de vencimento, remuneração, provento, soldo, pensão ou benefício previdenciário, face à sua natureza alimentar.* (grifo nosso). Precedentes: AC 89.04.18770-2/PR, Rel. Juiz Cal. Garcia - 1ª Turma, DJU 21-08-90; AC 89.04.10517-0/PR, Rel. Juíza Ellen Northfleet - 1ª Turma, DJU 04.09.91; AC 89.04.19148-3/RS, Rel. Juiz Jardim de Camargo - 2ª Turma, DJU 11-03-92; RO 89.04.15544-4/RS, Rel. Juiz Osvaldo ALVAREZ - 2ª Turma, DJU 29-11-89; AC 91.04.00079-0/RS, Rel. Juiz VOLKMER DE CASTILHO - 3ª Turma, DJU 08-05-91. (DJU 10-11-92 - p. 36.472).

78 Como CRETILLA JÚNIOR, José, *Curso de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro 1997, p.119.

79 Nesta direção a decisão que segue: *ATO ADMINISTRATIVO - ANULAÇÃO - É facultado à administração anular os seus próprios atos, quando praticados com infração da lei, pois, só na hipótese de ter sido esta obedecida, e que deles poderia haver nascido um direito público subjetivo. Ao pronunciar-se o judiciário, se provocado, sobre a legalidade do ato anulador, dirá sempre a palavra final e estenderá o seu exame ao ato anulado. Se este era legal, gerando o direito subjetivo, o judiciário o restabelecerá. se, porém, era ilegal, mantê-lo, apesar disso, só porque a administração o rescindiu, seria falhar o judiciário a sua missão, de controle da legalidade dos atos administrativos.* (STF - RMS1.944 - MG - TP - Rel. Min. Luiz GALLOTTI - DJU 12.11.1953).

80 ZANCANER, Weida, "Convalidação, Invalidação e Revogação do Ato Administrativo", In: *Direito Administrativo na Constituição de 1998*. Coordenação de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, São Paulo: RT, 1990, pp. 45-58.

81 *Idem*, p. 51.

Vai nesta direção o a reflexão de Altamiro do Couto e Silva, ao entender que só há o dever de anular os atos administrativos inválidos quando, no caso de existir confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, o interesse público determine que prevaleça o primeiro (da legalidade). Porém, se ocorrer a hipótese inversa, ou seja, impere a prevalência da segurança jurídica, a administração pública terá o dever de não anular, porque se deu o somatório do inválido, pela conjugação da boa-fé dos interessados com a tolerância da administração por razoável lapso de tempo.⁸²

A própria Advocacia-Geral da União (AGU), em seu Parecer CQ 118, tratou a respeito da anulação de ato administrativo em relação a terceiro de boa-fé, envolvendo empresa que averbrou direitos minerários e os transferiu a terceiros. Neste particular, o ato que havia efetivado a averbação foi anulado, manifestando-se da seguinte forma a AGU: *Ementa: Ato Administrativo anulado, após verificada a irregularidade da documentação apresentada. Direitos de terceiro de boa-fé. Manutenção do ato ainda que seja eivado de vício, desde que presentes o interesse público e a comprovação da boa-fé de terceiros interessados.*⁸³

Na verdade, é deveras sensato aceitarmos que a nulidade do ato praticado pela Administração Pública seja invalidado quando o vício que o atingiu for de tal incisividade que o macule em suas próprias condições de existência, aqui tendo em conta os seus elementos constitutivos e mesmo sua natureza sempre constitucional, tudo em face do caso concreto.

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho procuramos abordar o tema do ato administrativo enquanto resultante dos comportamentos officiosos da Administração Pública brasileira, os quais, por sua vez, estão delimitados em termos de objetivos e finalidades pela dicção constitucional vigente que demarcam os compromissos que a República têm com sua cidadania.

É neste contexto integrado que os institutos da gestão pública institucionais precisam ser cotejados e controlados permanentemente, tanto no aspecto preventivo como curativo dos seus evolveres. Para tanto, mister é que o conceito de ato administrativo seja tensionado e ampliado, para dar conta da complexidade de demandas e desafios que atingem tanto a Sociedade Civil como o Estado no país.

Em verdade, a maior crise que afeta este Estado é a que diz respeito à sua situação em face de uma sociedade complexa e fragmentada como a atual, marcada que está por padrões de organização definidos pelo mercado, fomentando valores inividualizantes e não públicos. Ao lado disto, é possível afirmarmos que há problemas que fragilizam ainda mais sua situação, voltados à crise fiscal - não dando conta de atender quantitativa e qualitativamente as demandas existentes, bem como relacionados a fenômenos que vêm à tona através dos meios de comunicação de massa, como a corrupção endêmica que atinge as estruturas operacionais e executórias da Administração Pública, contribuindo de forma incisiva para o descrédito das instituições estatais e representativas.

82 SILVA, Altamiro do Couto e., "Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo". In *Revista de Direito Público*, Vol. 84, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: 2002, p. 86.

83 In *Revista de Direito Administrativo*, vol.208. Abril/Junho de 1997, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: 1997, p. 348.

Todo este quadro tem levado os cidadãos brasileiros a se perguntarem: a quem serve a Administração Pública?⁸⁴ Para tal resposta, precisamos, no mínimo, entender que se esgotou a legitimidade da Administração pela via exclusiva do modelo de circularidade conceitual e funcional das relações de poder na sociedade contemporânea, de que fala Luhman⁸⁵, a partir do qual se entende que a Administração Pública executa leis, as quais, por sua vez, expressam a vontade geral da Sociedade Civil, veiculada pelos mecanismos do sistema político representativo e democrático. Isto ocorre em face não da falência do modelo da democracia representativa, mas de sua insuficiência em face daquelas demandas, fazendo brotar -a própria insipiência do sistema democrático-representativo tradicional- novas formas de apresentação política da Sociedade Civil que, se não substituem os instrumentos institucionais próprios à espécie, ampliam o espectro de possibilidades do debate público e da deliberação gestacional.⁸⁶

Sendo assim, a realidade que cerca a Administração Pública hodierna -é da mais alta importância que ela se dê conta disto-, sem afastar o modelo weberiano de legitimação meramente racional-legal vigente⁸⁷, caracteriza-se pelo desenvolvimento da diversidade, da complexidade e da dinâmica constante, fazendo aflorar determinados valores que identificam muito mais o indivíduo isolado no mundo, na condição de consumidor/cliente de serviços e favores da Administração, do que propriamente cidadão; o culto ao mercado, com a adoção do princípio da eficiência, por exemplo; o estímulo da privatização e terceirização de atividades administrativas. Diante disto, o perfil de Estado Administrador que se demanda é aquele que garanta minimamente padrões de igualdade que proporcionem a inclusão social de todos, ao menos em termos de acesso material à condição de cidadania ativa e emancipadora da maior parte da população nacional.

Veja-se que, inexistindo condições objetivas e subjetivas de exercício dos direitos e garantias assegurados pela Carta Política de 1988 para todos os brasileiros, revelam-se ficcionais tais previsões normativas, pois ausentes de efetividade real, transmutando-se em meras promessas retóricas. Tais condições, por sua vez, só podem ser ofertadas pelo Estado enquanto Administrador Público, eis que espaço público gerado para servir de fomento à interlocução política dos interesses comunitários, portanto, responsável pela viabilização das condições de concretização daquelas prerrogativas.⁸⁸

Daqui é que decorre a importância dos atos da Administração Pública terem um tratamento mais ampliado sob a perspectiva filosófica e política, abordagem que tentamos realizar neste ensaio, eis que é a partir dos menores comportamentos do Estado Gestor - em termos de forma e conteúdo de suas execuções - é que vamos ter condições de estabelecer elementos parametrizantes e avaliatórios da organicidade, coerência e compromisso destas ações em face do plexo axiológico constitucional que as vinculam e mesmo determinam.

84 V., sobre tal abordagem o excelente trabalho de MENDIETA, Manuel Villoria, *La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la Democracia*, INAP, Madrid: 2005, p.132 e ss.

85 LUHMAN, Niklas, *Teoría Política em el Estado de Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 51.

86 Estamos falando, por exemplo, dos movimentos sociais, dos Conselhos Municipais, das Organizações Não-Governamentais, etc., que cada vez mais ocupam o espaço da política e do governo.

87 V., o texto de WEBER, Max, *Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, p. 73.

88 Não podemos ser românticos a ponto de imaginar que o mercado vai se importar em garantir tais condições de participação e inclusão social, ou mesmo que a Sociedade Civil esteja amadurecida suficientemente para dar conta desta demanda de forma isolada. Ver neste sentido o texto de WALKER, Donald, *Refounding Public Administration*, Oxford University Press, New York, 2005, pp. 61 e ss.

Estes elementos deverão ser objeto de controle preventivo e curativo permanente -como dissemos alhures- por parte da Sociedade Civil, Mercado e do próprio Estado, o que já indica a potencialidade tensional constante que irá identificar as possibilidades de legitimidade e legalidade dos atos praticados pela Administração Pública.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Ronaldo de Medeiros e, “Ato Administrativo, Ato-Fato Administrativo”, in *Revista Trimestral de Direito Público*, vol.23, Malheiros, São Paulo, 1998.
- ATALIBA, Geraldo, “Eficácia do Ato Administrativo”, in *Revista de Direito Público*, nº 99, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- BONARD, Roger, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, Dalloz, Paris, 1979.
- BORDEAU, Ferdinand Dietrich, *Histoire du Droit Administratif*, PUF, Paris, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Generale del Diritto*, Dallosio, Milano, 1997.
- CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, Marcel Pons, Buenos Aires, 1993.
- CASSESE, Sabino, *Trattato di Diritto Administrativo*, Giuffrè, Milano, 2000.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão, “Teoria dos Atos Administrativos”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1973.
- COING, Helmut, *El sentido del Derecho*, Centro de Estudios Filosóficos, México, 2000.
- CRETELLA JR., José, *Curso de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- DIEZ, Manoel Maria, *El acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, Atlas, São Paulo, 1997.
- FERRI, Luigi, *La Autonomia Privada*, Editorial Comares S.L., Granada, 2002.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 1998.
- GASPARIN, Diógenes, *Direito Administrativo*, Saraiva, São Paulo, 1998.
- GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1996.
- GRAU, Eros Roberto, “A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1991.
- HOBSBAW, Eric J., *O Mundo do Trabalho*, Petrópolis, Vozes, 2000.
- KANTOROWICZ, Hermann, *Las épocas de la ciencia del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.
- KRELL, Andréas J., “A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil”, in *Revista Interesse Público*, vol. 23, Síntese, Porto Alegre, 2004.
- LEAL, Rogério Gesta, *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*, 3ª edição, Edunisc, Santa Cruz do Sul, 2003.
- , “Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana”, in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Vol.15, Belo Horizonte: Fórum, jan/mar, 2004.
- , *Teoria do Estado: cidadania e poder política na modernidade*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002.

- LUHMAN, Niklas, *Teoría Política em el Estado de Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 1998.
- MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico*, Saraiva, São Paulo, 1997.
- MENDIETA, Manuel Villoria, *La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la Democracia*, INAP, Madrid, 2005.
- MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, Vol.I. Bookseller, São Paulo, 2000.
- MORAIS, Marília Mendonça, *O Princípio da Publicidade*, in Princípios Informadores do Direito Administrativo, Saraiva, São Paulo, 1995.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- MORIN, Edgar, *Complexidade e Ética da solidariedade*, in Ensaios de Complexidade, Edufrgn, Rio Grande do Norte, 1999.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, “O pressuposto lógico do ato administrativo”, in *Revista Trimestral de Direito Público*, vol.19, Malheiros, São Paulo, 1997.
- PEREIRA, André Gonçalves, *Erro e Ilegalidade do Ato Administrativo*, Ática, Lisboa, 1982.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Vol.I, Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- PÉREZ, Javier González, *La ética en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 2002.
- SALDANHA, Nelson, *Velha e Nova Ciência do Directo*, Editora da Universidade de Recife, Recife, 1974.
- SANTOS, J. M. Carvalho, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1985.
- SATTA, Philipppo, *Introduzione ad un Corso di Diritto Administrativo*, Cedam, Pádua, 1990.
- SERPA LOPES, Miguel Maria, *Curso de Direito Civil*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1996.
- SILVA, Altamiro do Couto e, “Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo”, in *Revista de Direito Público*, Vol. 84, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2002.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, São Paulo, 1999.
- STASSINOPOULOS, Michel, *Traité des Actes Administratifs*, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, Paris, 1995.
- VEDEL, Georges, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Sirey, Paris, 1994.
- VENTRISS, Carl, *Towards a public philosophy of public administration: a civic perspective of the public*, Northon, Boston, 2004.
- WALKER, Donald, *Refounding Public Administration*, Oxford University Press, New York, 2005.

WEBER, Max, *Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.

ZANCANER, Weida, “Convalidação, Invalidação e Revogação do Ato Administrativo”, in: *Direito Administrativo na Constituição de 1998*, Coordenação de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, RT, São Paulo, 1990, pp. 45-58.

ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Administrativo*, Giuffrè, Milano, 1984.

§33. EL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA VIS EXPANSIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

José Ignacio Hernández G.

Profesor de la Universidad Monteávila y
Universidad Central de Venezuela
Sub-Director de la Revista de Derecho Público

I. INTRODUCCIÓN

Como justo y merecido homenaje a la continua labor de la *Revista de Derecho Público*, que arriba a sus cien primer números, y también, en reconocimiento a la trayectoria de su Director, el Profesor Allan R. Brewer-Carías, hemos querido abordar una de las aristas más relevantes que ha adquirido, recientemente, el Derecho Administrativo en Venezuela: el objeto del procedimiento administrativo.

La institución del procedimiento administrativo podría decirse que es de reciente data en el Derecho venezolano. Así lo evidencian los principales estudios de esta disciplina publicados entre la década de los cuarenta y sesenta del siglo pasado. La ausencia de estudio sistemático de dicha institución respondió, a no dudarlo, a la falta de desarrollo *legal* del procedimiento administrativo en Venezuela. Hasta la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de 1981, el procedimiento administrativo carecía de base legal general, estando sólo regulado en disposiciones especiales dispersas. Salvo esas excepciones, la Administración tenía plena discrecionalidad para determinar el procedimiento aplicable en cada caso¹.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos supuso un drástico cambio en la materia. No en vano, Brewer-Carías indicó que tal Ley estaba llamada a materializar uno de los cambios más profundos del Derecho Administrativo en Venezuela. Y así fue. Más de veinte años después la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sigue siendo la Ley fundamental de la Administración Pública venezolana².

A consecuencia de la promulgación de la Constitución de 1999, la institución del procedimiento administrativo ha venido sufriendo algunas transformaciones que, aun cuando dejan incólume el sistema trazado por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sí matizan, muy mucho, el alcance de sus disposiciones. Son muchas las aristas

1 Pueden consultarse, en este sentido, los trabajos de BREWER-CARÍAS, Allan, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964; HERNÁNDEZ-RON, J.M., *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, Editorial Las Novedades, 1943 y LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963, en los cuales no hay un tratamiento dogmático especial de la institución del procedimiento administrativo. La figura del procedimiento administrativo era analizada dentro de los requisitos del acto administrativo (*cf.*: BREWER-CARÍAS, *cit.*, pp. 121 y ss; HERNÁNDEZ-RON, J.M., *cit.*, pp. 123 y ss. y LARES MARTÍNEZ, Eloy, *cit.*, pp. 113 y ss).

2 En general, sobre el impacto de la Ley Orgánica en el Procedimiento Administrativo, véase a BREWER-CARÍAS, Allan, "Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", *RD* n° 7, pp. 115 y ss.

que en este sentido podrían tocarse. En estas reflexiones, sin embargo, nos centraremos en la transformación operada en el *objeto* del procedimiento administrativo. Así, en la actualidad el procedimiento administrativo no se concibe únicamente como la *forma* de la actividad administrativa sujeta preponderantemente al Derecho Público. Además, él es concebido como la *forma* de la actividad administrativa regida preponderantemente por el Derecho Privado y, también, como la *forma* de la actividad de los particulares, regulada, también, por ese Derecho.

Ampliación del objeto del procedimiento administrativo. Es, debe advertirse, un fenómeno incipiente, pero que ha sido recogido ya por la Legislación y especialmente por la jurisprudencia. Tras ello subyace, en realidad, un fenómeno de mayor envergadura, del cual, el tema aquí tratado es tan sólo un leve indicio. Nos referimos al profundo trastocamiento que, en la férrea distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado, ha causado la Constitución de 1999, como derivación de la actividad cada vez más penetrante del Estado, que abarca, incluso, áreas tradicionalmente concebidas como propias de relaciones jurídico-privadas. En específico, y de cara al régimen de las Administraciones Públicas, esta situación es también incentivada por el artículo 141 constitucional, el cual pregona, ciertamente, que la Administración actuará con subordinación plena a la Ley y al Derecho pero -nótese bien- no proscribire que esa actuación se llevará a cabo bajo los cauces propios del Derecho Público.

Para abordar esta compleja problemática, aludiremos básicamente a *dos* puntos. En el *primero*, trataremos lo alusivo al procedimiento administrativo como la forma de la actividad administrativa, desde la perspectiva tradicional en la cual esa concepción era tratada, incluso, por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. La *segunda* parte se dedica al análisis de la ampliación del objeto del procedimiento administrativo, desde tres concretos ángulos: la ampliación del procedimiento administrativo a empresas privadas que gestionan actividades de interés general regidas por el Derecho Privado; la ampliación del procedimiento administrativo a empresas públicas cuando actúan en el tráfico jurídico-privado y la ampliación del procedimiento administrativo a la actividad de las Administraciones sujetas a Derecho Privado. En los dos primeros casos encontramos una realidad común: la ampliación del procedimiento administrativo se ha planteado en relación con la explotación (por empresas públicas o privadas) de actividades *privadas* consideradas o catalogadas como *servicios públicos*.

II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO LA FORMA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. El concepto formal de procedimiento administrativo y su recepción en el Derecho venezolano

El procedimiento administrativo es, en esencia, un concepto formal. Así, el Diccionario de la Real Academia Española define el procedimiento como el *método de ejecutar algunas cosas*. Se trata, como observara Jesús González Pérez, de un concepto nuclear dentro del Derecho, no privativo, por ende, del Derecho Público. Procedimiento como fases de actos que, con identidad propia, se encuentran conectados causalmente en la

“unidad de efecto jurídico”³. El concepto, aplicado al Derecho Administrativo, hace así referencia a la forma de la actividad administrativa, según la feliz expresión de Benvenuti⁴. Sobre esta tesis, Hildegard Rondón de Sansó formuló relevantes conclusiones:

[...]en el campo de la actividad administrativa, el procedimiento se presenta como la forma de la función administrativa, detectándose el hecho de que en la medida en que el Estado de Derecho deja de ser una simple apariencia, las funciones públicas se procesalizan cada vez más, por cuanto el procedimiento es una garantía de la legalidad de la actuación[...]⁵.

La idea del procedimiento administrativo entronca con la noción de *legalidad administrativa* y, por ende, con el rasgo distintivo de la actividad administrativa, cual es su carácter sub-legal⁶. La actividad de la Administración ha de subordinarse a la Ley, no sólo en lo que atañe al ejercicio *sustantivo* de las potestades públicas que le han sido conferidas, sino también, en lo que respecta al *cauce formal* a través del cual esas potestades son ejercidas. La doctrina venezolana (Araujo Juárez) ha acotado que la forma adquiere en este contexto una dualidad. Por un lado, en tanto exteriorización de la voluntad de la Administración; por el otro, como el *iter* por medio del cual la Administración expresa su voluntad. Sólo a la segunda de las acepciones citadas debe reconducirse el concepto de procedimiento administrativo⁷.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de 1981, asumió esta noción formal, al disponer en su artículo 1 que las Administraciones ahí enunciadas “ajustarán su actividad a las *prescripciones* de la presente Ley”. El término empleado (prescripciones) refleja precisamente el elemento formal definitorio del procedimiento administrativo, aun cuando su alcance excedió, muy mucho, de ese solo aspecto formal. Pues la Ley, como advirtiera Brewer-Carías, estaba llamada a regular los principios rectores de las relaciones jurídicas entre los particulares y las Administraciones. Es por ello que la Ley dedica varias disposiciones a establecer auténticos principios generales de las Administraciones Públicas, con un contenido más sustantivo que formal⁸.

Con todo, puede señalarse que la Ley ordena, formalmente, la actividad de las Administraciones Públicas, por lo que no hay, en ella, un procedimiento administrativo *formalizado*. En efecto, la Ley regula *principios generales de la actividad administrativa*, y en especial, *principios generales del procedimiento administrativo* que serán aplicables a toda actividad administrativa, de manera tal que, en ausencia absoluta de Ley, aplicarán tales principios, los cuales regirán supletoriamente frente a procedimientos regulados en

3 La explicación de GONZÁLEZ PÉREZ es tradicional. Recientemente del autor, véase *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 75.

4 Se cita usualmente, de este autor, su trabajo “Funzione amministrativa, procedimento, processo”, en *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1952, pp. 118 y ss. *Cfr.*: CIERCO SEIRA, César, *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, p. 30.

5 *Procedimiento administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, p. 19.

6 De allí la importancia de los estudios generales de KELSEN y, más en concreto, de MERLK. Véase al respecto a MOLES CAUBET, Antonio, “Introducción al procedimiento administrativo”, *El procedimiento administrativo. Archivo de derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. IV, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1983, pp. 16 y ss.

7 *Derecho administrativo formal*, Vadell Hermanos, Valencia, 2001, pp. 34 y ss. Como apunta ARAUJO JUÁREZ, esta distinción ha sido aceptada tradicionalmente en Venezuela. Véase así la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 22 de junio de 1981, en la cual el concepto de *forma* es empleado tanto en lo que respecta al proceso de formación de la voluntad administrativa, como en lo tocante al modo de expresión de ésta (RDP n° 7, pp. 155 y ss).

8 “Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, *cit.*, pp. 115 y ss. Muchos de los principios de la Ley atienden a aspectos sustantivos, que no formales, como por ejemplo, el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 12).

Leyes especiales⁹. La intención de dicha regla, trazada en su artículo 47, era doble. Por un lado, afirmar el principio de legalidad administrativa: sólo la Ley podía modificar el *arquetipo* de procedimiento pautado en la Ley. Por el otro, la norma pretendía *uniformar* los principios generales del procedimiento administrativo¹⁰. La posterior evolución en la aplicación e interpretación de la Ley llevó a resultados muy distintos. De esa manera, la ordenación del procedimiento administrativo se ha llevado a cabo a través de normas sub-legales, incluso, de manera especial frente a lo previsto en la Ley; además, el procedimiento administrativo ha estado sometido a una entrópica regulación legal y sub-legal, desvaneciéndose el efecto de *homogenización* que la Ley quiso.

En relación con lo que hemos dicho, y para recapitular, puede entonces sostenerse que la noción más básica de procedimiento administrativo, es aquella que concibe a éste como la *preordenación formal* de la actividad administrativa. Con ello, por supuesto, no se pretende reducir al procedimiento a una mera formalidad pues, por el contrario, el procedimiento administrativo atiende, también, al contenido sustancial de la actividad administrativa. El procedimiento alude, así, al cauce a través del cual discurre la voluntad de la Administración en ejercicio de potestades administrativas, y él ha de asegurar el derecho a la defensa de los particulares, así como la adecuada tutela del interés general. Hay, pues, principios que atañen a ese cauce formal y, también, principios sustantivos de la actividad administrativa. Ambos aparecen recogidos, como se vio, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Por tanto, lo que ahora debe determinarse es qué se entiende por actividad administrativa a los fines del concepto que acaba de elaborarse.

2. La actividad administrativa objeto del procedimiento administrativo como actividad sujeta a Derecho Público. La recepción de esta tesis en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

Son varias las funciones asignadas al procedimiento administrativo. Sistematizando las distintas teorías esbozadas, puede señalarse que el procedimiento atiende a cuatro grandes funciones: es *cauce de ejercicio* de la actividad administrativa; es *garantía de los particulares*; opera como *presupuesto del proceso contencioso-administrativo* y, finalmente, sirve como elemento para la *eficaz valoración de los intereses en juego*¹¹, función actualmente relacionada con el principio de buena administración¹². De allí que

9 Ello fue advertido tempranamente por G. RUAN, quien sostuvo que "...la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ha partido de esta premisa no ha establecido un procedimiento uniforme, sino que ha establecido un conjunto de actuaciones destinados a dar un marco procedimental a la actividad administrativa..." ("La Administración y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", *RDP* n° 18, pp. 57 y ss).

10 En relación con estos dos objetivos derivados del artículo 47, puede verse, por todos, a ARAUJO JUÁREZ, José, *Derecho administrativo formal*, cit., p. 102. En todo caso, la Sala Constitucional ha previsto que procedimientos pautados en "leyes" especiales son de preferente aplicación al procedimiento ordinario previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (sentencia de 13 de agosto de 2001, caso *Genven Genéricos Venezolanos, C.A.*).

11 Entre otros muchos, vid. ARAUJO JUÁREZ, José, *Derecho administrativo formal*, cit., pp. 54 y ss. y RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Procedimiento administrativo*, cit., pp. 87 y ss. Véase en general a GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 76 y ss. En la jurisprudencia, vid. sentencia de la Sala Constitucional de 8 de diciembre de 2003, caso *Colgate Palmolive C.A.* Desde una perspectiva más amplia, vid. SHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 360 y ss.

12 El procedimiento administrativo es concebido como modo de desarrollo del concepto vicarial de Administración, asumido entre nosotros por el artículo 141 de la Constitución lo que ha permitido cuestionar el estudio del

en la actualidad no sea válido limitar el procedimiento administrativo a la formación del acto administrativo, pues esa institución atiende, en general, a la formación de la voluntad de la Administración, incluyendo aquella sometida preponderantemente a Derecho Privado, como es el caso del procedimiento licitatorio previo a la celebración de los denominados “contratos de la Administración”¹³.

A los fines de las presentes reflexiones, interesa detenernos en la primera función. Procedimiento administrativo como cauce de la actividad administrativa. Para determinar qué es *actividad administrativa* en este contexto conviene adentrarnos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, delineado en su artículo 1.

Salvando las ya conocidas imprecisiones de esa norma, lo cierto es que, en su interpretación literal, ella pregona el sometimiento a la Ley de toda la actividad de las Administraciones Públicas, tanto centralizadas como descentralizadas. Apurando un poco más esta primera conclusión, se ha admitido que la Ley rige a las *Administraciones Públicas con forma de Derecho Público cuando actúen en ejercicio de potestades públicas*¹⁴. Quedarían fuera del alcance de la Ley las Administraciones con forma de Derecho Privado y, siempre, las Administraciones Públicas cuando, con independencia de su régimen, obren dentro del tráfico jurídico privado, conclusión que requiere, como se verá, ser afinada.

Planteadas estas precisiones, el objeto del procedimiento administrativo dentro de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos podría ser delimitado como la *actividad administrativa de Derecho Público*, en oposición a la actividad administrativa de Derecho Privado. Más en concreto, el concepto de actividad administrativa se confundiría, a estos fines, con el término más estricto de *potestades administrativas*, que no con el concepto de acto pues, como ha sido ya señalado, no todo procedimiento se instruye con la intención de dictar el *proveimiento* administrativo.

procedimiento administrativo como mera forma del acto administrativo: el procedimiento, también, atiende al fondo de la actividad administrativa siendo por ello una auténtica *institución administrativa*, que es el tratamiento que le damos en este estudio. Cfr.: PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 108 y ss.

13 Téngase en cuenta que el procedimiento administrativo es aplicable a la Administración, incluso, cuando ella aplique el Derecho Privado en ejercicio de la función administrativa. Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2000, pp. 435 y ss. Además, no todo procedimiento desemboca en un acto administrativo, por lo que es preciso romper el paralelismo *procedimiento administrativo-acto administrativo*. Cfr.: CIERCO SEIRA, César, *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, cit., p. 33, así como SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 358 y ss.

14 Obviamente, la duda sólo se plantea en lo que respecta a la Administración Pública Descentralizada, que puede actuar bajo formas de Derecho Público o Privado. En relación con ello, BREWER-CARÍAS ha sostenido que la Ley rige solamente a los entes descentralizados con forma de Derecho Público de carácter estatal, salvo cuando actúen en el tráfico privado. En esos casos (observa BREWER-CARÍAS) no podría aplicarse la Ley “...la cual se refiere, básicamente, a los procedimientos que conducen a la emisión de actos administrativos, en los cuales siempre, el ente que los dicta, ejerce un poder legal de derecho público dando origen a relaciones jurídicas regidas por el derecho administrativo...”. *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, cit., pp. 27 y ss. En sentido similar, véase a ARAUJO JUÁREZ, José, *Derecho administrativo formal*, cit., pp. 86 y ss. La jurisprudencia, aún indirectamente, acoge esta posición. Véanse así las sentencias de la Sala Constitucional de 19 de agosto de 2003, caso T.A. *Chinchill* y de 22 de marzo de 2004, caso *Proconce Dos*, C.A.

3. Las dos excepciones iniciales a este principio: la actividad de Derecho Público de los particulares y la actividad administrativa de Derecho Público de las empresas públicas

Esta inicial interpretación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos fue en cierto modo matizada, al centrarse su ámbito de aplicación en el ejercicio de *potestades administrativas*. Preferencia, pues, por una noción *objetiva*, frente al criterio subjetivo derivado de la lectura literal del citado artículo 1. Esta matización se reflejó en dos casos puntuales.

A. La tesis de los actos de autoridad

En *primer lugar*, la Ley resulta también aplicable a la *actividad administrativa* de los particulares, es decir, al ejercicio de potestades por parte de los propios administrados: los llamados actos de autoridad. La jurisprudencia se ha referido a organizaciones “dotadas de autonomía y de autarquía, es decir del poder de emanar actos válidos para el ordenamiento jurídico del Estado” (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 15 de marzo de 1984, caso *Asociación de Autores y Compositores de Venezuela*). Trátese se organizaciones privadas a las cuales la Ley les ha otorgado potestades públicas (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 30 de agosto de 1993, caso *Unión Deportiva de Lara Fútbol Club*). De allí que el criterio determinante para definir a un acto de autoridad, es el ejercicio de potestades públicas conferidas por la Ley¹⁵. Recientemente, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 12 de abril de 2005, caso *Félix Abelardo Torres*, sostuvo lo siguiente:

[...]cuando una persona jurídica de Derecho Privado, dicta actos en ejecución de una potestad legalmente atribuida cuando se trata de la organización y desarrollo de una actividad de interés público, los mismos son controlables por la jurisdicción contencioso administrativa por tratarse justamente de los denominados actos de autoridad[...].

15 Véase RDP n° 55-56, pp. 398 y ss. Sobre la tesis de los actos de autoridad *vid.* RONDÓN DE SANSÓ, Hildgard, “Ampliación del ámbito contencioso administrativo”, RDP n° 22, pp. 33 y ss. La definición de los actos de autoridad se fundamenta en la atribución legal de potestades administrativas a particulares (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 26 de mayo de 1994, caso *Bancaracas Casa de Bolsa*, en RDP n° 57-58, pp. 324 y ss). Empero, suelen manejarse criterios mucho más flexibles, tales como la gestión de *servicios públicos* o de actividades de interés general. En nuestro criterio, se trata de elementos *accidentales*, desde que lo relevante es que la Ley atribuya a un particular el ejercicio de potestades administrativas. Sobre ello puede verse la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 13 de marzo de 2003, caso *Carlos Coromoto BRAVO BARRETO*. Conocía la Corte, en esa oportunidad, de la acción incoada contra una medida disciplinaria adoptada por una asociación civil (La Hacienda Country Club). La Corte, como era de esperar, negó la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de esa acción, aduciendo que “...los denominados actos de autoridad, emanan de tales entes y están sometidos al conocimiento de esta Corte, de ahí que se hace necesario distinguir entre el procedimiento disciplinario objeto del presente amparo constitucional, seguido por el Comité de Disciplina de la Asociación Civil La Hacienda Country Club, de carácter asociativo privado constituido con fines recreativos, *que no comprenden el ejercicio de una potestad pública*, y los actos de autoridad, cuyas características esenciales se han identificado como los dictados por un órgano privado dotado de autoridad, expresamente *facultado por una Ley*, para llevar a cabo un cometido público, siempre que se trate de una relación de supremacía condicionada por la satisfacción de un interés general o colectivo...” (destacado nuestro). Los actos de autoridad son producto del “...ejercicio de competencias fundamentadas en el *imperium* del Estado...” (sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de 10 de febrero de 2005, caso *Patricia Alejandra ARAQUE contra la Universidad Santa María*).

Los actos de autoridad, en tanto son producto del ejercicio de potestades administrativas, se rigen por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹⁶. Más en concreto, la institución del procedimiento administrativo es trasladable a tales actos, en especial, en aras de asegurar el derecho a la defensa de los particulares cuya esfera jurídico-subjetiva puede ser lesionada por tales actos de autoridad¹⁷. Ello es coherente con la noción de procedimiento como forma de la actividad administrativa, en tanto en estos casos, los particulares, conforme a habilitaciones legales expresas, obran en ejercicio de actividades administrativas.

B. La actividad administrativa de los entes con forma de Derecho Privado

En *segundo lugar*, las empresas del Estado, y en general, los entes administrativos con forma de Derecho Privado, también se sujetan a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos cuando ejecuten, conforme a la Ley, potestades públicas, caso en el cual la jurisprudencia ha entendido aplicable el régimen propio de las personas jurídicas con forma de Derecho Público¹⁸. En realidad, esos entes operan en una dualidad de regímenes jurídicos: sus relaciones con el Estado se rigen por el Derecho Administrativo; sus relaciones con particulares, por el contrario, y como regla general, se rigen por el Derecho Privado, como ahora viene a reconocer el artículo 106 de la Ley Orgánica de la Administración Pública para el caso de las empresas públicas. Adviértase que, con independencia del régimen jurídico que resulte aplicable, esas sociedades mercantiles siempre se considerarán Administraciones Públicas y respecto de ellas, siempre será aplicable el Derecho Administrativo. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en todo caso, sólo aplica cuando ejerzan, por Ley, potestades administrativas.

16 De hecho, se ha admitido que los particulares pueden dictar, en estos casos, actos administrativos. *Cfr.*: CHAVERO GAZDIK, Rafael, *Los actos de autoridad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, pp. 64 y ss. Expone el autor que "...ciertas entidades privadas pueden dictar actos administrativos, en virtud de colaborar con el Estado en la prestación de los servicios públicos...". Y en tal virtud, se reconoce la aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (pp. 120 y ss). En general, *vid.* BREWER-CARÍAS, Allan, "Sobre la importancia para el Derecho Administrativo de la noción de acto administrativo y de sus efectos", en *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph BREWER-CARÍAS". Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, FUNEDA, segunda edición, 2005, p. 27. Una posición contraria ha sido recientemente mantenida por PISAN, Bernardo, "Naturaleza jurídica de los actos de autoridad", en *Revista de Derecho Administrativo* n° 19, Caracas, 2004, pp. 181 y ss. Su posición parece, sin embargo, excesivamente arraigada en la definición -siempre relativa- del artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

17 Tal y como ha observado la Sala Constitucional "...resulta coherente aseverar que los Entes de los cuales emanan los actos de autoridad, deben otorgar a los particulares cuyos derechos o intereses legítimos puedan ser afectados por la decisión, los mismos derechos y garantías que los órganos de la Administración Pública deben salvaguardar en la apertura y sustanciación de los diversos procedimientos administrativos, dentro de los cuales, por supuesto, están los derechos a la defensa y al debido proceso y sus distintos atributos..." (sentencia de 9 de mayo de 2002, caso *Federación Venezolana de Deportes Ecuestres*). Conforme a este criterio, el derecho a la defensa, según su plasmación en los numerales 1 y 3 del artículo 49 constitucional, es aplicable a los actos de autoridad, lo que exige la sustanciación del *debido procedimiento previo* a fin de dictar actos que incidan negativamente en la esfera jurídico-subjetiva de particulares.

18 Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de agosto de 1996, caso *Consortio Hidroeléctrico Caroní*. Los comentarios a este fallo en BREWER-CARÍAS, Allan, "La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el procedimiento de huida y recuperación del Derecho administrativo", *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph BREWER-CARÍAS"*, FUNEDA, Caracas, 1996, p. 31.

Incluso, la tesis de los actos de autoridad fue inicialmente extendida, por la jurisprudencia, a los actos dictados por entes administrativos con forma de Derecho Privado en ejercicio de potestades administrativas. De tal manera, la Sala Político-Administrativa, en sentencia de 14 de mayo de 1998, caso *Fundación IDEA*, concluyó lo siguiente:

[...] La consagración de los actos de autoridad, es una de las formas a través de la cual la jurisdicción contencioso-administrativa ha contribuido al afianzamiento del Estado de Derecho y al control de la arbitrariedad de los entes dotados de poder, capaz de incidir sobre la esfera jurídica de otros sujetos. No pareciera justo que los actos de los entes públicos estén sometidos al control de los tribunales especiales, como son los contencioso-administrativos, por el hecho de que los mismos están dotados de una fuerza ejecutoria y de una presunción de legitimidad y son capaces de incidir sobre los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados y, otros actos con iguales características, pero dictados por sujetos constituidos originalmente bajo la forma de derecho privado, no puedan ser objeto de tal control [...]

Es, en base a tales premisas que la ampliación del contencioso-administrativo lleva, entre otras cosas, al reconocimiento de la existencia de que sujetos constituidos bajo la forma de derecho privado, ejercen funciones públicas a través de actos públicos y a algunas de sus decisiones, se tienen como actos de autoridad [...].

Notar que la decisión alude, genéricamente, a *sujetos constituidos bajo la forma de Derecho privado*, expresión dentro de la que cabrían tanto particulares como entes administrativos con forma de Derecho Privado. Estos últimos, como se vio, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en virtud de la interpretación generalmente dada a su artículo 1. Nada obsta para que, sin embargo, estos entes administrativos con forma de Derecho Privado ejerciten, conforme a la Ley, potestades administrativas, caso en el cual deberán ajustar su actuación al procedimiento administrativo aplicable. En relación con este último caso, y con una posición contraria, Gustavo Linares Benzo ha señalado que, como regla general, no pueden las empresas del Estado dictar actos administrativos, salvo en el marco del artículo 106 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Pudiera así la Ley transferir a la empresa del Estado el ejercicio de determinadas potestades públicas, caso en el cual la empresa quedaría habilitada para dictar *actos administrativos*, siempre y cuando, además, se trate de potestades de sustancia económica y mercantil¹⁹.

En nuestra opinión, calificar los actos dictados por las empresas del Estado como *actos de autoridad* o *actos administrativos* puede resultar baladí, desde que lo fundamental es el régimen jurídico al cual se someten tales actos²⁰. Así, la Ley puede atribuir a entes administrativos con forma de Derecho Privado el ejercicio de potestades públicas, supuesto en el cual será aplicable el procedimiento administrativo, atendiendo precisamente al ejercicio *objetivo* de potestades administrativas, de igual manera que el procedi-

19 Todo ello resguardando el Derecho de la Competencia. Interesa destacar que Linares niega, de plano que las empresas del Estado puedan dictar actos de autoridad, en tanto esa categoría sería privativa de los particulares. Cfr.: LINARES BENZO, Gustavo, "Las empresas del Estado y el artículo 7° del Código de Comercio", *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904*, Tomo I, Caracas, 2004, pp. 179 y ss.

20 En realidad, esta discusión puede sostenerse también, como vimos, desde la perspectiva de los actos de autoridad emanados de particulares. Lo relevante, más allá de cualquier calificación al uso, es precisar si el régimen jurídico de los actos dictados por personas con forma de Derecho Privado es *idéntico* al régimen jurídico de los actos dictados por personas con forma de Derecho Público. Pareciera que la respuesta es negativa, desde las personas con forma de Derecho Público son creadas con la explícita intención de actuar como *potentior personae*. En cualquier caso, a los fines de este estudio basta con señalar que la institución del procedimiento administrativo sí es aplicable a esos actos, en tanto lo relevante es el ejercicio de potestades administrativas conferidas por Ley y no la forma del sujeto que desarrolla éstas.

miento administrativo será aplicable a particulares que actúen en ejercicio de potestades públicas. La extensión de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a estos supuestos no se basa en la naturaleza del sujeto que actúa, sino por el contrario, en la naturaleza de la actividad que se ejerce.

La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha vuelto, recientemente, sobre este aspecto, en su sentencia de 9 de diciembre de 2004. La sentencia fue dictada con ocasión del recurso de nulidad incoado contra el acto de destitución del titular del órgano de control interno, dictado por una empresa del Estado (HIDROLARA). El Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, quien conoció del recurso en primera instancia, dictó sentencia desechando la falta de jurisdicción alegada como punto previo por los apoderados judiciales de HIDROLARA, considerando que:

[...] Ello así, dicha empresa se rige preponderantemente por las normas de derecho privado, sin que ello implique que, para ciertos supuestos se aplique la normativa de derecho público (...) y por cuanto la recurrente fue destituida de su cargo, el 15 de septiembre de 2003, pero ingresó por concurso antes de la vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (...) resulta evidente que quien ingresó por concurso mediante una normativa de derecho público según la ley derogada del 13 de diciembre de 1995, no podía regirse por las normas del derecho del trabajo sino que tenía que regirse por la ley derogada lo que sería un absurdo ó por la ley vigente al momento de su destitución (...) lo peticionado es la nulidad o no de un acto que si bien no es administrativo, por no emanar de la administración pública, resulta evidente su carácter de acto de autoridad, que por ser tal le corresponde conocerlo a la jurisdicción contencioso administrativa y, así se decide [...].

El argumento empleado por el Juzgado Superior sigue la doctrina de los *actos de autoridad*, en el sentido que tal categoría es referible a toda persona creada bajo formas del Derecho Privado, con independencia que pertenezca al sector público o al sector privado. Por el contrario, la Sala Político-Administrativa, al conocer de la incidencia planteada, consideró que el acto recurrido sí era un acto administrativo:

[...] De las disposiciones antes transcritas, y partiendo de la premisa *supra* definida de la naturaleza pública de que goza la sociedad mercantil HIDROLARA, C.A., en criterio de esta Sala queda indubitablemente evidenciado el carácter público del cargo que desempeñaba la ciudadana Beatriz Helena Restrepo. En efecto, no cabe dudas que los Contralores Internos, actualmente denominados “Auditores Internos” por la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, desempeñan una función pública en virtud de que, como titulares de uno de los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal, son los llamados a garantizar la transparencia en el manejo y administración de los recursos de determinados entes u organismos del sector público.

[...]

Ello así, esta Sala no puede más que concluir que el acto por el cual el Presidente de la aludida compañía decidió prescindir de los servicios que la ciudadana Beatriz Helena Restrepo ejercía como Contralora Interna de la misma, es un acto administrativo, y por consiguiente, sometido directamente al control de los órganos judiciales. Por tal razón, el recurso de regulación de jurisdicción planteado por la parte demandada debe ser declarado sin lugar. Así se decide [...].

La sentencia no motiva, especialmente, las razones por las cuales el acto dictado por la empresa del Estado en ejecución de normas de Derecho Administrativo, era un *acto administrativo* y no un *acto de autoridad*. Pareciera haber privado, aquí, un criterio subjetivo, desde que las empresas del Estado siguen siendo Administraciones Públicas y por ende, los actos dictados por ellas en ejercicio de potestades administrativas serían, subje-

tivamente, actos administrativos. Pero, en todo caso, queda claro que el concepto de procedimiento administrativo es aplicable también a los entes administrativos con forma de Derecho Privado.

Esa aplicación se pregona, también, cuando esos entes, bajo relaciones jurídicas de Derecho Privado, ejercen instrumentalmente potestades públicas. El ejemplo común, antes esbozado, son los “contratos civiles” celebrados por entes con forma de Derecho Privado. La selección del contratista, en los supuestos del artículo 1 de la Ley de Licitaciones, quedará sometida a la Ley de Licitaciones que regula verdaderos procedimientos administrativos. En tales casos, la Administración ejerce las potestades derivadas de la referida Ley, aun cuando el fin último sea celebrar contratos regidos, sustantivamente, por el Derecho Privado.

C. Recapitulación

La interpretación tradicional del artículo 1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo parece insuficiente. Primero, pues también Administraciones Públicas descentralizadas funcionalmente con forma de Derecho Privado pueden actuar a través de un procedimiento administrativo. Igualmente, las reglas del procedimiento administrativo serán aplicables a particulares que ejerzan por Ley potestades administrativas. En uno y otro caso el elemento determinante es el ejercicio de potestades públicas y no el sujeto que actúa, por lo cual, como se vio, el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, definido en su artículo 1 con un predominante carácter subjetivo, debe abarcar, también, el criterio objetivo que acaba de exponerse, incluso cuando la Administración obre en el ámbito de relaciones jurídicas de Derecho Privado²¹. Por ende, no es del todo exacto excluir del ámbito de aplicación de la referida Ley, a las empresas del Estado y en general, a los entes con forma de Derecho Privado²².

III. LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A ACTIVIDADES REGIDAS PREPONDERANTEMENTE POR EL DERECHO PRIVADO

1. La ampliación del procedimiento administrativo a empresas -públicas y privadas- que gestionan “servicios públicos”: la tesis jurisprudencial del “contencioso de los servicios públicos”

Con fundamento en el artículo 259 de la Constitución, la jurisprudencia ha *ampliado* el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa a fin de abarcar las reclamacio-

21 Las recientes Leyes administrativas no solucionan estas dudas. De esa manera, la *Ley sobre simplificación de trámites administrativos* aplica a las Administraciones central y descentralizada que gestionen *trámites* (artículos 1 y 3), disposiciones que podrían ser interpretadas en el mismo sentido dado al artículo 1 de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo. Distinto es el caso de la *Ley Orgánica de la Administración Pública*, pues sus disposiciones abarcan, en general, a todas las Administraciones Públicas, aun cuando algunas de sus normas sólo pueden regir a las Administraciones que ejerzan potestades públicas: el artículo 26, por ejemplo, contentivo del principio de competencia.

22 Lo común es, sin embargo, interpretar el artículo 1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en el sentido que esa norma no rige a las Administraciones descentralizadas con forma de Derecho Privado. *Cfr.*: LEAL WILHEM, Salvador, *Teoría del procedimiento administrativo*, Vadell Hermanos, Valencia, 2004, p. 5.

nes presentadas por los usuarios de servicios públicos. Tal sistema, denominado *contencioso de los servicios públicos*, tiene dos aristas que desde ya convendría diferenciar. Por un lado, la arista procesal, conformada por la articulación de pretensiones procesales administrativas cuyo objeto es la actividad -o inactividad- considerada servicio público. La segunda, la arista material, relacionada con el régimen aplicable a la actividad catalogada servicio público.

Interesa detenernos en la segunda arista, aun cuando, para ello, sea preciso analizar los principios generales del llamado contencioso administrativo de los servicios públicos. Como se verá, ha operado, en este contexto, una notable ampliación del objeto del procedimiento administrativo, pues éste es extendido a la actividad declarada servicio público, incluso, cuando se exteriorice a través de actos regidos, enteramente, por el Derecho Privado. La ampliación del objeto del procedimiento administrativo en este ámbito ha encontrado, recientemente, reflejo en diversas Leyes que al regular ciertas actividades económicas -regidas por el Derecho mercantil- prevén la necesidad de sustanciar procedimientos administrativos. Lo peculiar de lo anterior es que, en tales casos, no nos encontramos ante el ejercicio de potestades administrativas, sino simplemente, ante el despliegue de actividades que, sin menoscabo de su especial vínculo con el interés general, se rigen por el Derecho Privado.

A. Breve excursión sobre el llamado contencioso de los servicios públicos y la ampliación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa

La idea de un cauce procesal dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa a través del cual los usuarios pudiesen formular reclamos por la deficiente prestación de servicios públicos no es, entre nosotros, planteamiento del todo novedoso. Todo lo contrario, correspondió a Hildegard Rondón de Sansó²³ apostar por esa ampliación del ámbito de lo contencioso administrativo, ampliación por la que también se inclinó el artículo 259 constitucional, que en relación con su antecesor -el artículo 206 del Texto de 1961- tan sólo se diferencia, precisamente, por la referencia expresa a los *reclamos contra la prestación de los servicios públicos*.

La Sala Constitucional, en sentencia de 8 de diciembre de 2000, caso *Transporte Sicalpar*, se pronunció sobre este sistema de reclamos. De manera preliminar -y ello es relevante para el presente estudio- la Sala concluyó que cuando la Ley encomienda a un particular la gestión de un servicio público, éste queda investido del ejercicio de las potestades anejas al servicio, de suerte tal que las lesiones jurídico-subjetivas derivadas de la prestación de esos servicios públicos pueden ser ventiladas “mediante un contencioso de los servicios públicos”²⁴.

El servicio público es empleado, de esa manera, como criterio delimitador de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. La jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha asumido una noción bastante amplia. Así, la importante sentencia de 6 de julio de 2001, caso *Luz Eléctrica de Venezuela y otros*, sostuvo que para que una actividad pueda ser considerada servicio público debe reunir

23 V., su inicial propuesta en “Ampliación del ámbito contencioso-administrativo”, ya citado. Con posterioridad, la autora ha vuelto sobre esta idea en *Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo*, FUNEDA, Caracas, 2001, pp. 199 y ss., así como “Fundamentos y alcance constitucionales del orden contencioso administrativo”, en *El Contencioso Administrativo Hoy*, FUNEDA, 2004, pp. 13 y ss.

24 El texto de la sentencia en *Revista de Derecho Público* n° 84, pp. 319 y ss.

las siguientes notas: (i) ha de tener contenido prestacional; (ii) ha de estar “asumida” por el Estado; (iii) debe ser atendida -directa o indirecta-mente- por la Administración y (iv) debe contar con un estatuto general que asegure las notas de continuidad, generalidad, igualdad de prestación y regularidad, entre otras.

¿Cuál es el alcance de tal “contencioso de los servicios públicos?”. El llamado contencioso administrativo de los servicios públicos es una suerte de conglomerado heterogéneo de pretensiones procesales. Nulidad de actos administrativos, condena por daños y perjuicios e, incluso, la vía del amparo constitucional, serían algunos de los medios a través de los cuales se manifestaría ese sistema. De tal manera, la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 3 de abril de 2002, caso *C.A. Luz Eléctrica de Venezuela y otros II*, engloba en este sistema “...(i) la supresión o falta del servicio; (ii) la prestación parcial o deficiente; (iii) el cobro no ajustado a la legalidad o anormal; (iv) los daños derivados de la falta o deficiencia del servicio y; (v) los actos administrativos de autoridad, dictados por entes privados en materia de servicios públicos concurrentes o virtuales...”²⁵.

En relación con lo que se expone, destaca que la jurisdicción contencioso-administrativa se ha declarado competente para conocer de tales reclamos *con independencia que la parte demandada sea una Administración Pública*. Así, en ocasiones, tales reclamos se han intentado contra sociedades mercantiles privadas (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de marzo de 2003, caso *C.A. Luz Eléctrica de Venezuela*, y de 18 de septiembre de 2003, caso *CANTV*). Pero también dicha competencia ha sido asumida en relación con empresas del Estado que actúan en un régimen de Derecho Privado (como es el caso de *HIDROCAPITAL*, según lo resuelto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 30 de noviembre de 2001).

Todos estos criterios han sido recientemente ratificados por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 5 de noviembre de 2004, en la cual asumió la competencia para conocer la acción autónoma de amparo constitucional que había sido interpuesta contra la empresa privada *C.A. Electricidad de Caracas*:

[...] Ahora bien, en el caso de autos el accionante denunció como infringidos, los derechos constitucionales relativos a la presunción de inocencia y a obtener un servicio público de calidad, consagrados en los artículos 49 numeral 2 y 117, respectivamente, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como consecuencia de la supresión del servicio público de electricidad, llevada a cabo por la empresa C.A. ELECTRICIDAD DE CARACAS, cuya actividad encuadra dentro de lo que debe concebirse como servicio público domiciliario, ya que la misma se desarrolla en función de la satisfacción de un interés general o colectivo y, que es prestado de forma regular, continua, obligatoria, mutable y en condiciones de igualdad; de todo lo cual se evidencia que la presente acción de amparo está dirigida a proteger derechos constitucionales ante la co-

25 También se han entendido incluidos en este sistema, los reclamos contra la *falta de prestación del servicio público o supresión de éste* (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 14 de abril de 2000, caso *IVVS*); contra la *prestación deficiente de los servicios públicos* (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 4 de junio de 1998, caso *Enfermos de SIDA* y de 6 de noviembre de 2000, caso *Proavanca*); contra la *interrupción del servicio público*, respecto de la cual se ha admitido la vía del amparo (sentencia de la Sala Constitucional de 8 de diciembre de 2000, precitada), salvo por falta de pago del servicio (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 10 de marzo de 2000, caso P.I. Montes); sin embargo, sí se ha admitido el amparo respecto la suspensión del servicio por falta de pago de cantidades sujetas a reclamos no resueltos (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 10 de octubre de 2002, caso *Constanza ESPINEL*). Véase lo que, sobre este aspecto, sostenemos en HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el Derecho venezolano”, *BDP* n° 89-90/91-92, pp. 47 y ss.

misión de irregularidades en la prestación de un servicio público; por lo que conforme a lo antes expuesto, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en aplicación del criterio citado asume el conocimiento de la presente causa [...].

Toda pretensión cuyo objeto sea la prestación de una actividad considerada *servicio público*, es entonces sometida al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, ello -nótese bien- con independencia que el derecho sustantivo alegado sea o no el Derecho Administrativo, lo que es el signo característico de las pretensiones procesales administrativas. De hecho, muchas de las actividades catalogadas como servicios públicos -servicio eléctrico, por ejemplo- no se encuentran siquiera reservadas al Estado, por lo que su régimen preponderante es el Derecho privado²⁶. Y sin embargo, las pretensiones esgrimidas en relación con este tipo de actividades son residenciadas en el contencioso administrativo.

B. La ampliación del procedimiento administrativo a empresas -públicas o privadas- que gestionan actividades de servicio público

El sometimiento de las pretensiones relacionadas con actividades económicas catalogadas como servicios públicos a la jurisdicción contencioso-administrativa supone, en definitiva, la ampliación -sustantiva y formal- del Derecho Administrativo, ello, con independencia del carácter *privado* de las actividades catalogadas como servicios públicos²⁷. De esa manera, se ha llegado a sostener que la actividad de servicio público lleva-

26 La jurisprudencia ha exigido dos requisitos para admitir la competencia de la justicia administrativa en reclamos de servicios públicos. (i) Por un lado, que la actividad "...sea prestacional y que apareje una ventaja, beneficio o un bien destinado a la satisfacción de una necesidad de carácter general, siendo asumida por el Estado, bien sea directa o indirectamente, por medio de concesiones otorgadas a favor de cualquier persona, exigiéndose la capacidad o competencia para poder actuar como concesionarios...". Esta exigencia -actividades "asumidas" por el Estado- es ciertamente ambigua, desde que -como se observa ya, desde la experiencia francesa- el que una actividad sea "asumida" por el Estado no implica siempre su reserva al Estado, pues la "asunción" opera en cuanto a que el Estado garantiza la prestación de esa actividad, la cual puede incluso ser ejercida por la libre iniciativa privada (MALARET G., Elisenda, "Servicios Públicos, Funciones Públicas, Garantías de los Derechos de los Ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto", *Revista de Administración Pública* n° 145, Madrid, 1998). Además, (ii) se exige "...que su prestación se rija por un estatuto o régimen especial, caracterizado por la generalidad, uniformidad, igualdad, continuidad, obligatoriedad y subordinación a normas preponderantemente de Derecho Público, que permita distinguirlo de otras actividades públicas...". Esa especialidad en modo alguno afecta el régimen sustantivo aplicable, pues incluso las actividades regidas por ordenamientos sectoriales pueden informarse, sustantivamente, por el Derecho privado. Sobre estos dos requisitos, vid. la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 18 de septiembre de 2003, caso *Andrés Alberto ÁLVAREZ IRAGORRY contra la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV)*. Véase también lo expuesto en la nota siguiente.

27 Se impone, en este punto, una forzosa aclaratoria. Caben, básicamente, dos conceptos del servicio público: bajo una noción *subjetiva*, la declaratoria de una actividad como servicio público supone su reserva al Estado; desde una perspectiva *objetiva*, la declaratoria de una actividad como servicio público sólo entraña una llamada de atención para que los Poderes Públicos aseguren su adecuada gestión. Bajo este último criterio, que es el que hemos defendido, reserva y servicio público no son términos coincidentes. Sobre ello se pronunció la Sala Constitucional en sentencia de 6 de mayo de 2004, caso *Banco del Caribe (RDP n° 97-98, pp. 273 y ss)*, y antes, en sentencia de 24 de agosto de 2003, caso *Arnaldo GONZÁLEZ SOSA* (sobre este fallo vid. HERNÁNDEZ G., José Ignacio, "¿Superación de la crisis conceptual del servicio público?. A propósito de la sentencia de la Sala Constitucional del 29 de agosto de 2003", en *Revista de Derecho Administrativo* n° 17, Caracas, 2003, pp. 235. Más recientemente, la Sala Constitucional ha reiterado este criterio en su sentencia de 16 de marzo de 2005, caso *Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal (Revista de Derecho Público n° 101, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, p. 156)*. Que una actividad declarada servicio público no se encuentre reservada al Estado supone, básicamente, que en ella rige la libertad de empresa y que, por ende, su ejercicio es posible bajo cauces propios del Derecho Privado. Nada obsta, por supuesto, para que el Estado *regule* el ejercicio

da a cabo por empresas -públicas y privadas- reviste las formas propias de la actividad administrativa e, incluso, pueden derivar en auténticos actos administrativos, aun cuando, subjetivamente, no estamos en presencia de ninguna Administración. Así, en la sentencia de principio ya citada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de julio de 2001, caso *Luz Eléctrica de Venezuela y otros*, se había incoado un “recurso contencioso administrativo de nulidad” contra los “actos administrativos” dictados por el grupo al cual pertenece la empresa privada C.A. Luz Eléctrica de Venezuela, C.A., a través de los cuales se detectaron “anomalías” en el consumo de electricidad y se procedió a suspender el suministro eléctrico a ciertos usuarios.

La sentencia no se detiene en la naturaleza jurídica de los actos recurridos, limitándose a señalar que las pretensiones esgrimidas versan sobre un “servicio público en estricto sentido”, conforme a la regulación derivada de la -entonces vigente- Ley del Servicio Eléctrico. De tal manera, el concepto de acto administrativo es ampliado hasta el punto de abarcar actos dictados por *empresas privadas* que no están ejerciendo potestades públicas sino, por el contrario, actividades económicas de relevante interés general. Junto a esa calificación, la jurisprudencia ha entendido trasladable, también, la figura del procedimiento administrativo en la prestación de esas actividades de servicio público:

[...]al respecto, la Corte observó que tal y como fue desarrollado a través de la decisión precedente, la prestación ejecutada por la presunta agravante es una actividad de incuestionable necesidad domiciliaria, esto es, de fundamental utilización para los estándares de vida de cualquier estrato social; máxime aún cuando como se dijo, semejante prestación ha sido estimada por el Estado como una actividad que debe garantizar su continuidad y eficiencia, bien de forma directa o indirecta, como en el caso presente.

En tal sentido, se expresó que siendo una actividad de entrañable interés público (el suministro de luz eléctrica), cuya prestación se rige por un estatuto o régimen especial, *toda sanción que sea impuesta al usuario de tan imprescindible beneficio diario, debe responder al apego no sólo de la reserva legal, sino también, al de una imposición enmarcada dentro de un catálogo mínimo de garantías, tales como: (i) un procedimiento previo y (ii) la aplicación excepcional de la privación del servicio.*

Advirtiéndose que, *eso no significaba el traslado de rigorismos procedimentales que hicieran engorroso para la concesionaria o prestadora del servicio, el que pudiera constreñir a los usuarios contumaces en honrar sus mínimas obligaciones cotidianas (Vgr. suspender el servicio por falta de pago, por el transcurso de un período determinado); pues allí, la carga de la prueba se limitaba a demostrar la cancelación o no de la tarifa imputada por el consumo generado durante un período breve. Es pues, en esencia un régimen de permanente, cotidiano, consustancial y hasta ordinaria coacción (“si no cancela a tiempo, se le suspenderá el servicio”, tal y como ocurre con líneas telefónicas de cualquier índole). Era pues en definitiva, un régimen sancionatorio no exorbitante, cuya ratio estaba basada en ofrecer al prestador del servicio un mecanismo de cómo garantizar su*

de esa actividad, pero ello en modo alguno afectará su naturaleza *privada*, es decir, su carácter de actividad económica informada por el principio de libertad de empresa y sometida preponderantemente al Derecho Privado. A favor de la tesis mantenida por nosotros, y muy especialmente, en cuando a la convivencia de la libertad de empresa con actividades consideradas servicios públicos, véase recientemente a HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, “Los Servicios Públicos Competitivos y la Libertad de Empresa”, en *Estudios en Homenaje a Don Jorge FERNÁNDEZ RUIZ. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos*. Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005. Recientemente sobre este tema véase también a SISCO RICCIARDI, Octavio, “Hacia un nuevo concepto de servicio público. Su visión en la Constitución venezolana de 1999”, *El Estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomás POLANCO ALCÁNTARA*, Estudios del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, pp. 649 y ss.

equilibrio económico, frente al impostergable deber que tiene de salvaguardar la continuidad del servicio, y sin que ello se tradujera en perjuicios económicos[...]” (destacado nuestro. Sentencia de 3 de abril de 2002, caso *C.A. Luz Eléctrica de Venezuela y otros II*).

La adopción de medidas de coacción sobre los usuarios requiere, de esa manera, la sustanciación de un previo procedimiento, el cual, para la Corte, no debe estar inspirado en trámites engorrosos, desde que se trata de un “régimen sancionatorio no exorbitante”. Dejando a un lado la imprecisión de este término, lo cierto es que la sentencia citada exigió sustanciar un previo procedimiento antes de la adopción de medidas coactivas sobre el usuario deudor, a fin de respetar sus garantías. Medidas calificadas, además, como actos administrativos.

La Sala Constitucional, de nuevo, en el marco del sector eléctrico, reiteraría esa conclusión, en especial, respecto de empresas del Estado que gestionan el servicio eléctrico. Conoció la Sala de la acción por intereses difusos y colectivos intentada contra ciertas empresas eléctricas, acción incoada, principalmente, ante el cobro de energía consumida pero no facturada. Lo relevante, de cara al presente estudio, es que la Sala Constitucional extendió la institución del procedimiento administrativo -conforme a su desarrollo en el artículo 49 de la Constitución- a la actuación llevada a cabo por estas empresas eléctricas, al exigir un previo trámite para la adopción de medidas gravosas sobre los usuarios:

[...] Como la Constitución de 1999, establece en su artículo 49 que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y que la defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación, derecho de defensa que esta Sala ha extendido al proceso administrativo, la determinación de la sustracción de energía no puede hacerse a espaldas del usuario, quien debe tener oportunidad de ser oído antes de ser sancionado (artículo 49.3 constitucional) [...] (sentencia de 31 de mayo de 2004, caso *Eleorienté*).

La afirmación se sustenta en la propia regulación aplicable al sector eléctrico. Mas sin embargo, la Sala Constitucional lleva esta afirmación al punto de catalogar como *administrativo* al procedimiento a través del cual las empresas eléctricas pueden proceder al cobro de energía no facturada²⁸.

2. La ampliación del procedimiento administrativo a empresas que gestionan actividades de interés general en la legislación especial

La legislación especial ha corroborado esta tendencia jurisprudencial, al extender principios propios del procedimiento administrativo a actividades económicas de interés general desarrolladas por empresas del Estado. Lo ha hecho, especialmente, a partir del desarrollo de un complejo sistema de *reclamos* de usuarios. Veamos, a continuación, algunos ejemplos sectoriales.

-*La Ley Orgánica del Servicio Eléctrico* reconoció, en su artículo 40.2, un sistema de *reclamos* de los usuarios en diversas instancias. De esa manera, los reclamos serán for-

28 V., el artículo 54 del Reglamento de Servicio Eléctrico. Sobre esta norma, la sentencia citada señaló que “...el procedimiento obligatorio del artículo 54 mencionado, debe garantizar el derecho de defensa del usuario, a fin de que se cumpla el debido proceso, y por lo tanto el usuario tiene el derecho de ser oído previamente ...”. La Sala no duda en catalogar a dicho trámite como un procedimiento administrativo: “...se trata de un procedimiento que deben aplicar los prestadores de servicio, sean entes públicos o privados, y que conforman un especial procedimiento administrativo. Tal procedimiento contiene un recurso, que la norma denomina apelación del reclamo, y que impide de ser ejercido la suspensión del servicio...”.

mulados directamente ante la empresa eléctrica; en *segunda instancia*, los usuarios podrán dirigirse a la “autoridad municipal competente” y, finalmente, en última instancia, los usuarios podrán presentar su reclamo ante la Comisión Nacional de Energía Eléctrica²⁹. Notar cómo la primera instancia de estos reclamos se desarrolla ante empresas con forma de Derecho Privado mientras que las instancias posteriores se desenvuelven ante Administraciones Públicas con forma de Derecho Público, y regidas, como tal, por el Derecho Administrativo. En la práctica, y conforme a la citada sentencia de la Sala Constitucional de 31 de mayo de 2004, caso *Eleoriente*, todos estos trámites -incluyendo los gestionados ante las empresas eléctricas- tendrían naturaleza administrativa, lo que implicaría la aplicación de la institución del procedimiento administrativo.

-El procedimiento de reclamos de los usuarios es regulado, también, en la *Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento*. Así, los suscriptores de los servicios de agua potable y saneamiento podrán formular reclamos a los prestadores de esos servicios públicos, dentro de los quince días hábiles siguientes a los hechos que motivan el reclamo (artículo 71). Lo relevante es que contra la negativa expresa o tácita -notar la reminiscencia a la figura del silencio administrativo- el interesado podrá ejercer *recurso de reconsideración* ante el Poder Municipal y, de ser el caso, *recurso jerárquico* ante la Superintendencia Nacional. Llama la atención, principalmente, la previsión de típicos recursos administrativos no como medios de impugnación de actos administrativos, sino como instrumentos de reclamos contra la actividad de los gestores de los servicios de agua potable y saneamiento. Se observa de nuevo la insistencia por trasladar, a actividades económicas, la institución del procedimiento administrativo.

-La recientemente promulgada *Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión* vuelve sobre esta tendencia y traza, igualmente, un sistema de reclamos de los usuarios encauzado a través de trámites también asimilables al procedimiento administrativo. Los usuarios podrán, según el numeral segundo del artículo 12, “...dirigir solicitudes, quejas o reclamos vinculados con los objetivos generales de esta Ley, a los prestadores de servicios de radio y televisión...”. De esa manera, se establece -a través de normas de Derecho Administrativo- el derecho de los usuarios de formular reclamos contra los prestadores de los servicios de radio y televisión, imponiendo la Ley, en cabeza de éstos, el deber de otorgar respuesta debida y oportuna a dichos reclamos.

No se discute que, en los ejemplos citados, la institución del procedimiento administrativo es aplicable a actividades económicas de relevante interés general que, sin embargo, no se encuentran expresamente reservadas por Ley al Estado, por lo que su gestión puede ser llevada a cabo en un régimen fundamental de Derecho Privado, sin perjuicio de la inmisión del Derecho Administrativo, particularmente, mediante regulaciones de ordenación y limitación. Pero, en cualquier caso, las empresas a quienes se les extiende la institución del procedimiento administrativo no ejercen potestades públicas. No actúan, pues, como *potentior persone*. Y, sin embargo, tal y como ha admitido la jurisprudencia, se les aplica la institución del procedimiento administrativo y con ello, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. De hecho, eventualmente, los actos dictados por las empresas que gestionan servicios públicos han sido catalogados como actos de autoridad³⁰.

29 V., lo que, en conjunto, exponemos en la obra colectiva *Régimen jurídico del servicio eléctrico en Venezuela*, Caracas, 2002, pp. 238 y ss. En general, sobre este tema, *vid.* HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “La defensa de los usuarios en la actividad de distribución eléctrica”, en *RDP* n° 97-98, pp. 47 y ss.

30 Puede verse sobre ello la sentencia de la Sala Constitucional de 4 de diciembre de 2003, caso *Almacenadota Caraballeda*. Para la Sala, las empresas de gestión de servicios públicos pueden ejercer potestades administrativas

3. Reflexiones críticas sobre la ampliación del procedimiento administrativo a actividades que no entrañan el ejercicio de potestades públicas. ¿Hacia un nuevo concepto de actividad administrativa?

Lo antes expuesto resume la situación actual de la problemática que queremos tratar. El procedimiento administrativo -y con él, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos- es extendido a la gestión económica llevada a cabo por empresas bajo un régimen preponderante de Derecho Privado. El criterio subjetivo no es aquí aplicable pues la extensión del procedimiento administrativo se hace con abstracción de la naturaleza pública o privada. Tampoco resulta ya válido el criterio de las potestades administrativas pues, como ha quedado dicho, estas empresas no gestionan potestades públicas, es decir, no actúan sobre prerrogativas de Derecho Privado sino, a lo sumo, mediante la gestión de actividades de interés general.

Esta ampliación del objeto del procedimiento administrativo toca las bases mismas del Derecho Administrativo venezolano. Pareciera que éste deja de ser Derecho estatutario de las Administraciones Públicas, para pasar a ser Derecho común de sujetos que ni son órganos y entes administrativos, ni ejercen la función administrativa. De hecho, entendemos que esta ampliación es, en realidad, ampliación del concepto de *actividad administrativa*, con lo cual, paradójicamente, el concepto de procedimiento administrativo permanecería incólume. Este es, sigue siendo, la forma de la actividad administrativa. Lo que es actividad administrativa ha variado, sin embargo, muy mucho.

A. Algunas diferencias básicas entre los conceptos de servicio público, potestades administrativas, y actividad administrativa

Sin necesidad de volver sobre planteamientos ciertamente retóricos, parece ser que en la base de la problemática que aquí queremos reflejar subyace el equívoco concepto de servicio público. Es la idea de servicio público, precisamente, la que impulsó a la ya comentada sentencia de la Sala Constitucional de 8 de diciembre de 2000, así como a la también citada sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de julio de 2001. De allí que algunas acotaciones preliminares se imponen.

No hay, como es conocido, un concepto unívoco de servicio público. En todo caso, la jurisprudencia venezolana parece inclinarse más por una noción objetiva -propia de Duguit- en tanto lo relevante es la existencia de actividades prestacionales de interés general cuya gestión siempre ha de ser tutelada por el Estado:

[...] Ya esta Sala aclaró, por un lado, que no toda actividad que se catalogue como servicio público se encuentra reservada al Estado (sentencia n° 2436 de 29 de agosto de 2003, caso *Arnaldo González S.*, por otro lado, que la configuración estricta o tradicional del servicio público debe limitarse a aquellas actividades que por Ley Orgánica han sido reservadas al Estado (sentencia n° 825 de 6 de mayo de 2004) [...] (sentencia de la Sala Constitucional de 16 de marzo de 2005, precitada).

que típicamente son ejercidas por la Administración, supuesto en el cual "...estamos ante la realización de una función netamente administrativa para la satisfacción de intereses generales o colectivos, en cuyo ejercicio las personas de derecho privado dictan actos de los que la doctrina y la jurisprudencia patria han denominado actos de autoridad...". De nuevo, la Sala advierte que las empresas -públicas o privadas- concesionarias de un servicio público, deberán sustanciar un *previo procedimiento administrativo* para la adopción de actos de gravamen sobre sus contratistas.

Conforme al anterior criterio, hay actividades catalogadas como servicios públicos que no se encuentran reservadas por Ley al Estado y que, por el contrario, se configuran como actividades económicas regidas, preponderantemente, por el Derecho Privado. De allí que hemos postulado la necesidad de abandonar el concepto de servicio público como modalidad de la actividad administrativa, pues no siempre aquél responde a una actividad gestionada directa o indirectamente por la Administración. De esa manera, actividades consideradas servicios públicos pueden ser gestionadas por particulares como derivación de su derecho de libertad económica. Y en tal caso, tales particulares no actuarían como *potentior persone*, sino por el contrario, como sujetos de Derecho común³¹.

- Asunto del todo distinto es el concepto de potestades administrativas. La potestad es una *facultad-deber*, esto es, la atribución conferida por la Ley a la Administración para expresar su voluntad y afectar la esfera jurídico-subjetiva de los particulares, generando de esa manera relaciones jurídico-administrativas. La potestad es el signo característico de las Administraciones Públicas, quienes pueden actuar, de esa manera, como *potentior persone*. Se colige de lo anterior que las nociones de servicio público y potestad pública no son coincidentes, en el sentido que pueden existir actividades consideradas o declaradas como servicio público, pero que no impliquen el ejercicio de potestades administrativas. En especial, cuando particulares explotan actividades económicas privadas de interés general, equívocamente catalogadas como servicio público, no ejercen potestades administrativas. Todo lo contrario, ellos actúan dentro del Derecho común³².

-Más arduo resulta definir *actividad administrativa*. Frente a la genérica noción alusiva al conjunto global de actuaciones llevadas a cabo por la Administración³³, cabe también un concepto más reducido, a fin de acotar la actividad administrativa a las actuaciones llevadas a cabo por las Administraciones Públicas en ejercicio de potestades administrativas. Junto a estas actuaciones encontraríamos, también, la actividad de *gestión económica*, en la cual la Administración actúa bajo normas de Derecho Privado. Asumiendo este concepto reducido, la idea del procedimiento como forma de la actividad administrativa cobra pleno sentido. El procedimiento sería, así, la forma de las potestades administrativas y de allí que el concepto sea inaplicable a la actividad administrativa basada, preponderantemente, en el Derecho Privado³⁴.

31 En general, seguimos lo expuesto en nuestro trabajo "Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el Derecho venezolano", *cit.* En nuestra opinión, al no haber un concepto unívoco de servicio público, no hay, tampoco, un régimen jurídico uniforme de esos servicios. Sobre ello *vid.* LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2002, p. 209. Reconocemos que no es ésa la teoría predominante en la doctrina venezolana, en la cual pareciera que el concepto de servicio público se ancla en la titularidad pública del servicio público y por ende, en el conjunto de potestades públicas inherentes al servicio (ARAÚJO-JUÁREZ, José, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, Vadell Hermanos, Valencia, 2003, pp. 70 y ss).

32 V., RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Teoría general de la actividad administrativa*, Caracas, 1995, pp. 43. y ss. Para la autora, las potestades operan en el ámbito de la actividad administrativa sometida a Derecho Público.

33 Tal es la posición tradicional de GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1991, pp. 107 y ss. En Venezuela véase a PEÑA SOLÍS, José, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen Primero, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, pp. 31 y ss.

34 Es decir, que los conceptos de *actividad administrativa* y *potestad administrativa* no serían siempre equivalentes, en tanto no toda actividad administrativa supone el ejercicio de potestades públicas: hay, también, actividad administrativa basada, preponderantemente, por el Derecho Privado, en la cual la Administración no expresa su voluntad mediante potestades. H. RONDÓN DE SANSÓ ha señalado que la calificación de actividad administrativa puede ser endosada a las actuaciones de Derecho Privado de la Administración, en tanto esas actuaciones son realizadas por una persona de "naturaleza pública" y, además, por cuanto se atiende siempre a un fin público (*Teoría de la actividad administrativa, cit.*, pp. 25 y ss. Recientemente BREWER-CARIAS ha vuelto sobre este tema, al subrayar

B. Planteamiento crítico al intento de definir el procedimiento administrativo sobre la base del concepto de servicio público

Atendiendo a lo antes expuesto, debemos criticar la tendencia de extender el procedimiento administrativo a la gestión de actividades catalogadas como servicios públicos. Ello, pues la heterogeneidad del servicio público impide edificar, sobre él, el concepto de procedimiento administrativo. Incluso, esa ampliación del objeto del procedimiento administrativo ha operado respecto de actividades que, sin perjuicio de su estrecha vinculación con el interés general, son en realidad actividades empresariales que constituyen actos objetivos de comercio que son explotados en ejercicio del derecho de libertad de empresa, como es el caso, por ejemplo, del servicio eléctrico.

Esta extensión no es, en realidad, novedosa. De hecho, la tesis de los actos de autoridad se ha pretendido edificar, con claras reminiscencias en el régimen francés, en la noción de servicio público. Actos de autoridad como actos dictados en ejercicio de una actividad de servicio público³⁵. La jurisprudencia de la Sala Constitucional (sentencia de 4 de diciembre de 2003, caso *Almacenadora Caraballeda*) ha vuelto sobre este planteamiento.

No obstante, en nuestra opinión, anclar el concepto de procedimiento administrativo en la noción de servicio público es improcedente, por las razones que de seguidas se expresan:

- En *primer lugar*, lo hemos dicho ya, la propia indeterminación del concepto *servicio público* impide edificar sobre éste otros conceptos, como el de procedimiento administrativo. Buen ejemplo de ello es la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 18 de septiembre de 2003, precitada, la cual declara la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la acción de amparo incoada contra CANTV, invocando anteriores decisiones basadas en la gestión de actividades de servicio público. La decisión es ciertamente paradójica pues -nótese bien- las telecomunicaciones no son declaradas como servicio público ni por Constitución, ni por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones³⁶. A pesar de ello, se *interpretó* que los servicios de telecomunicaciones -que constituyen un acto objetivo de comercio que puede ser ejercido en virtud del derecho de libertad de empresa- eran servicios públicos, de lo que se deriva, como se vio, la naturaleza *administrativa* de esa actividad y la aplicación de la institución del procedimiento administrativo.

- En *segundo lugar*, pues existen actividades consideradas o declaradas servicios públicos que, sin embargo, responden a verdaderas actividades económicas no reserva-

que en la actividad administrativa puede apreciarse siempre la interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado ("La actividad administrativa y su régimen jurídico", en *II Jornadas sobre Derecho Administrativo*, FUNEDA, Caracas, 2005, p. 41).

35 CHAVERO, R., *Los actos de autoridad*, cit., pp. 87 y ss., ha sostenido que para que un acto emanado de personas de Derecho Privado "...sea considerado como administrativo es necesario que el particular esté colaborando con el Estado en la prestación de un servicio público, y además, que ejerza prerrogativas públicas que le hayan sido atribuidas por algún texto normativo...". Sin embargo, reconoce el autor la debilidad de esta posición, precisamente, ante la indeterminación del concepto de servicio público. Cita el autor la conocida decisión de la Sala Político-Administrativa de 6 de mayo de 1993, caso *Ruperto MACHADO*, aun cuando la lectura de ese fallo en modo alguno permite concluir que éste acoge la tesis del servicio público. Todo lo contrario, es el criterio de *funciones administrativas ejercidas en virtud de mandato de Ley*, la nota que, según el fallo citado, caracteriza a los llamados actos de autoridad.

36 Algún sector de la doctrina apoya la calificación de las telecomunicaciones como servicios públicos. *Cfr.*, PEÑA SOLÍS, José, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen 3, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, especialmente, pp. 430 y ss.

das al Estado y sometidas, por ende, a un régimen preponderante de Derecho Privado. El caso prototípico son los servicios de telecomunicaciones. Al gestionar esas actividades no se actúa en ejercicio de prerrogativas de Derecho Público; por el contrario, se opera dentro del Derecho Común. Luego, los trámites anejos al ejercicio de esa actividad no pueden ser catalogados como procedimientos administrativos. Sencillamente, pues el Derecho sustantivo aplicable no es el Derecho Administrativo.

- En relación con lo anterior, y en *tercer lugar*, recordar que no toda gestión de servicios públicos entraña el ejercicio de potestades administrativas. Por el contrario, hay servicios públicos que responden a actividades económicas *privadas*, en las cuales no se actúa como *potentior persone*. En definitiva, lo que define en primer término al procedimiento administrativo, en nuestra opinión, es el ejercicio de potestades administrativas. Y éstas no siempre están presentes en actividades catalogadas como servicio público.

En los casos resueltos por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 6 de julio de 2001, y por la Sala Constitucional en sentencia de 31 de mayo de 2004, las actividades analizadas -servicio eléctrico- más allá de su calificación como servicios públicos, no se encontraban reservadas al Estado. Se trataba, por el contrario, de actividades económicas privadas cuyo régimen sustantivo era de Derecho Privado. El Derecho Administrativo opera sobre esas actividades limitando y ordenando la actuación de los operadores económicos. Pero la aplicación del Derecho Administrativo no transforma en administrativa la actividad económica que es regulada. Es por ello que en nuestra opinión, las actuaciones de esos operadores económicos no podían reconducirse a la figura del procedimiento administrativo. Sencillamente, en tanto no mediaba ejercicio de potestad administrativa de ningún tipo.

Adviértase, de lo anterior, que la objeción a la extensión del objeto del procedimiento administrativo es fundamentada, por nosotros, en la desnaturalización de la actividad ejercida por estos entes, la cual es identificada con la típica actividad administrativa desplegada en ejercicio de potestades públicas, afirmándose incluso que los actos dictados por esos entes son *actos administrativos*. Entre nosotros, una dura crítica a esta tendencia ha sido esbozada por Araujo Juárez, quien observa que tal tendencia responde a una inapropiada aplicación de la tesis de los actos de autoridad. Dicha tesis -para Araujo- requiere la concurrencia de dos condiciones: la existencia de prerrogativas públicas y el fin de servicio público perseguido. En los casos resueltos por la jurisprudencia, sin embargo, se ha atendido sólo a la última condición³⁷. Es decir, que los entes encargados de la gestión de “servicios públicos”, aun cuando desarrollan una actividad aneja al interés general no siempre ejercen potestades públicas, siendo ése, precisamente, el criterio determinante para precisar cuándo se está ante una actividad administrativa *strictu sensu*.

C. Una forzosa matización: la actividad administrativa regida por el Derecho Privado y la institución del procedimiento administrativo. Sobre el Derecho administrativo privado desde el artículo 141 constitucional

En un todo de acuerdo con lo que se viene señalando, debe concluirse que la institución del procedimiento administrativo no puede reconducirse a la actividad administrativa de Derecho Privado. Tampoco, por supuesto, a la actividad privada de particulares. Claro está, no se niega que en el ámbito de esas actividades privadas cabe plantear la

37 ARAUJO JUÁREZ, José, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, cit., pp. 176 y ss.

existencia de procedimientos, pero no de carácter administrativo. La expresión de Benvenuti sobre el procedimiento como forma de la actividad o función administrativa, o como forma de la transformación del *poder* en acto, cobra aquí especial importancia: sin función administrativa, es decir, sin potestades administrativas, no puede haber procedimiento administrativo.

La propia justificación del procedimiento administrativo avala esta aseveración. De esa manera, el procedimiento administrativo como *garantía de los particulares* se fundamenta -Cierco Seira- en la necesidad de estatuir "...un conjunto de garantías que actúen de freno y contrapeso a los poderes exorbitantes de la Administración pública en tanto *potentior persone...*"³⁸. Si la Administración no opera en ejercicio de potestades públicas, el procedimiento -en tanto garantía de los administrados- no se encuentra justificado. Pero hay que hacer, sin embargo, una forzosa matización.

Lo anterior no supone que cuando la Administración actúa bajo formas y/o instrumentos de Derecho Privado, el Derecho Administrativo no resulte aplicable. No es eso, en absoluto, lo que quiere señalarse. En realidad, la Administración, con independencia del régimen jurídico bajo el cual actúe, siempre va a estar regulada por el Derecho Administrativo y, muy especialmente, por los principios generales a que se contrae el artículo 141 de la Constitución. Los términos empleados por esa norma son ciertamente reveladores. La Administración Pública, que está al servicio de los ciudadanos, debe actuar siempre con subordinación plena a la Ley y al Derecho, atendiendo a los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad. Esos principios conforman el régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas y siempre son referibles a éstas, incluso, cuando manifiesten su voluntad a través de formas de Derecho Privado.

Los entes administrativos con forma de Derecho Privado son Administraciones Públicas y a ellos resulta aplicable el régimen derivado del artículo 141 constitucional. Es por lo anterior que el Derecho Privado aplicado a esos entes debe ahormarse, en atención a ese régimen jurídico fundamental, de lo que surge el denominado *Derecho administrativo privado*, que no es más que el conjunto de normas de Derecho Privado que, orientadas a los principios a que se contrae el artículo 141 constitucional, resultan aplicables a las Administraciones Públicas, incluso, con forma de Derecho Privado. Pero ello, se insiste, no supone que los entes con forma de Derecho Privado deban expresar su voluntad a través de procedimientos administrativos, dado que éstos, en tanto cauce formal, sólo resultan aplicables cuando media el ejercicio de potestades públicas. No obstante, los principios generales de las Administraciones Públicas establecidos legalmente, y que desarrollan los postulados del artículo 141 constitucional, sí serán referibles a los entes con forma de Derecho Privado incluso cuando no ejerzan potestades públicas, con inde-

38 *La participación de los interesados en el Derecho Administrativo, cit.*, pp. 56 y ss. En ejercicio de potestades públicas la Administración puede imponer a los particulares su voluntad, incluso, de manera coactiva, lo que justifica la salvaguarda del derecho a la defensa mediante el trámite de audiencia previa (en general, *vid.* BREWERCARÍAS, Allan, *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo, cit.*, pp. 548 y ss.). Cuando la Constitución, en su artículo 49, señala que las garantías allí contenidas -entre ellas, el derecho a la defensa- son trasladables también a actuaciones administrativas, ha de entenderse, por ende, que se trata de actuaciones que suponen el ejercicio de potestades públicas. Si la Administración actúa en el ámbito del Derecho Privado sin posibilidad de imponer su voluntad a los particulares, el sentido del derecho a la defensa se perdería. No obstante, bajo la concepción ampliada del procedimiento administrativo que hemos venido comentando, hay también una *ampliación del derecho a la defensa* el cual, incluso, pasa a ser vinculante en relaciones entre particulares o entre particulares y Administraciones con forma de Derecho Privado.

pendencia que tales principios estén establecidos en Leyes procedimentales. Se insiste, tales entes despliegan su actividad como Administraciones Públicas³⁹.

Recientemente, la *Ley contra la Corrupción* ha venido a reiterar esta premisa. El sentido de la Ley, como hemos observado ya, es proscribir la huida del patrimonio público, por lo que se implementa un sistema de control sobre el patrimonio público con independencia de las características del sujeto que lo maneje⁴⁰. Por ello, sus artículos 6 y siguientes enuncian los *principios para prevenir la corrupción y salvaguardar el patrimonio público*, que son aplicables, insistimos, con independencia de la naturaleza y régimen jurídico del sujeto involucrado en el uso de ese patrimonio. Tales principios son, en realidad, los propios de la actividad administrativa: honestidad, eficiencia, eficacia, publicidad, participación, objetividad y otros similares. Principios que, por otra parte, habían sido inicialmente refrendados en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y que han sido luego desglosados por el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que tampoco prejuzga sobre la *forma* jurídica de ésta.

En definitiva, los entes con forma de Derecho Privado, en tanto Administraciones Públicas, siempre deben regirse por los principios generales establecidos en el artículo 141 constitucional. Si ejercen potestades administrativas su voluntad tendrá que encauzarse, además, dentro del procedimiento administrativo aplicable. Pero, en todos los casos, su actuación quedará dominada por el Derecho Administrativo. Incluso, los postulados derivados del principio de interdicción de la arbitrariedad (razonabilidad y racionalidad, principalmente) deben ser cumplidos por tales entes con forma de Derecho Privado quienes, además, deberán procurar siempre la adecuada tutela del interés general valorando, objetivamente, todos los intereses en juego. Hay normas vinculantes que son válidas para todo modo de administrar, por lo que "...el Derecho privado no está capacitado para dispensar al Ejecutivo del respeto a las exigencias propias del orden de distribución de competencia y de los requisitos básicos de legitimación. También la acción de la Administración con forma de Derecho privado es acción del Estado y tiene que responder como tal públicamente..." (Shimidt-Assmann)⁴¹.

Llegados a este punto, y a fin de recapitular lo expuesto, se imponen realizar algunas acotaciones.

- En *primer lugar*, como se indicó, el procedimiento administrativo, en tanto institución, sólo se justifica en tanto medie el ejercicio de potestades administrativas. Ello no quiere decir que, fuera de esos casos, el Derecho Administrativo no resulte aplicable. Por el contrario, éste regirá tanto a la actividad preponderante de Derecho Privado de las Administraciones Públicas como, en ciertos casos, la actividad privada de particulares, como luego se verá.

- En atención a lo expuesto, y *en segundo lugar*, los principios generales esbozados en el artículo 141 de la Constitución *siempre* son referibles a toda Administración Pública, aun cuando actúe bajo formas propias del Derecho Privado. Lo que se impone, aquí, es adecuar ese Derecho Privado a los principios generales del Derecho Administrativo. Lo anterior, por supuesto, no implica que la voluntad de esos entes deba expresarse a través

39 Por ello, un sector de la doctrina alemana ha propuesto ampliar el ámbito de aplicación de las Leyes de procedimiento a este tipo de entes. *Cfr.*, SHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, *cit.*, p. 302.

40 Es por ello que la Ley puede resultar aplicable, incluso, a particulares que administren el patrimonio público. Véase lo que tratamos en HERNÁNDEZ G., José Ignacio, "El concepto de funcionario público en la nueva Ley contra la Corrupción", *El régimen jurídico de la función pública en Venezuela. Homenaje a la Doctora Hildegard RONDÓN DE SANSÓ*, Tomo III, FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 165 y ss.

41 *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, *cit.*, pp. 300 y ss.

de un *procedimiento administrativo* ni, tampoco, que sus decisiones adquieran siempre carácter de *actos administrativos*. Se insiste, estos entes actuarán bajo un régimen sustantivo de Derecho Privado y, por ende, sin ejercer potestades públicas. Empero, en tanto son considerados Administraciones Públicas, la actuación de esos entes debe cumplir con ciertas condiciones especiales, necesarias para dar cumplimiento a los principios generales a los que nos hemos referido. Aquí juega especial función el principio constitucional de *buena administración*: que la Administración deba actuar razonablemente, ponderando todos los intereses en juego, no es, en absoluto, privativo de las actuaciones llevadas a cabo mediante el ejercicio de potestades administrativas.

- En *tercer lugar*, estos principios generales pueden ser también aplicables a particulares que exploten actividades de interés general y colaboren, de esa forma, con la Administración Pública, conforme al mandato del artículo 135 constitucional. Se advierte, de nuevo, que esta premisa no supone aplicar la institución del procedimiento administrativo a estos particulares ni, tampoco, calificar como actos administrativos las decisiones por ellos adoptadas. Lo que quiere reflejarse es que, siempre conforma a las previsiones *legales* existentes, los principios generales comprendidos en el artículo 141 constitucional pueden ser extensivos a particulares, sin necesidad de desnaturalizar la actividad por ellos desarrollada. Incluso, el artículo 4 de la Ley contra la Corrupción permite catalogar como funcionarios públicos a los particulares relacionados con el uso del patrimonio público, lo que a su vez implica extender, a esos particulares, los principios generales refrendados por la Ley.

D. A modo de recapitulación: ¿Redefinición del concepto de actividad administrativa? Sobre la extensión del procedimiento administrativo a actividades de interés general que no entrañan el ejercicio de potestades administrativas

La tendencia jurisprudencial que hemos comentado parece encerrar la redefinición del concepto de actividad administrativa. El concepto se despliega, así, a la actividad desarrollada por empresas -públicas o privadas- que gestionan actividades consideradas como servicios públicos. Naturaleza administrativa que se traslada, también, al cauce formal a través del cual esas empresas expresan su voluntad, cauce que viene a ser caracterizado como un verdadero procedimiento administrativo. Con ello, el concepto *formal* de Administración se extiende, incluso, a los propios particulares que participan, con ésta, en la gestión de actividades catalogadas de interés general.

Esta tendencia amplía, notablemente, el objeto del procedimiento administrativo y con él, el ámbito del Derecho Administrativo. La idea del procedimiento administrativo como forma de la actividad administrativa pierde aquí todo significado, ante el desbordamiento del contenido de la actividad administrativa. Bastaría así que una actividad sea declarada o considerada como servicio público para que, entonces, la voluntad de la empresa encargada de su gestión sea expresada a través de un procedimiento administrativo, con todos los principios de éste, delineados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En especial, esa calificación de servicio público hace extensible, a tales empresas, la garantía constitucional del debido procedimiento y derecho a la defensa, desarrollada en los numerales 1 y 3 del artículo 49 de la Constitución, con lo cual, el derecho a la defensa -tradicionalmente referido a relaciones entre un particular y otro sujeto investido de potestades públicas- es extendido, también, a relaciones entre sujetos de Derecho Privado.

Para nosotros, esa finalidad de interés general -o de servicio público, si se quiere- no transforma la naturaleza sustantiva de la actividad que es ejercida. El servicio público no califica, como *administrativa*, la actividad ejercida por esas empresas, ni torna en *administrativos* los procedimientos por ellas sustanciados. En realidad, ese servicio público o finalidad de interés general puede reflejar -desde la teoría tradicional de los actos de autoridad- la existencia de una potestad pública *atribuida por Ley* a esas empresas, públicas o privadas. La actividad de esos sujetos no es administrativa en tanto ellos atienden a un servicio público; por el contrario, será administrativa cuando la Ley apertreche del ejercicio de potestades administrativas a esas empresas, lo que revelará la consecución de un objetivo de interés general.

Extender el procedimiento administrativo a empresas que gestionan este tipo de actividades (principalmente, actividades anejas al servicio eléctrico) supone, en definitiva, ampliar notablemente el objeto de ese procedimiento e incluso, el sentido mismo que el concepto de Administración tiene entre nosotros. Ello, en tanto empresas que explotan actividades económicas privadas, bajo cauces propios del Derecho Mercantil, serían consideradas, funcionalmente, Administraciones Públicas. La calificación, respecto de las empresas públicas, es, por supuesto, válida, en tanto éstas representan un instrumento del cual se vale el Poder Ejecutivo para alcanzar los cometidos que le son propios. Empero, esa calificación, respecto de particulares que no ejercen por Ley potestades públicas, es ciertamente peculiar.

Nada impide, por supuesto, que preservando la naturaleza *no administrativa* de esas actividades económicas, ellas sean sometidas a restricciones propias del Derecho Administrativo, encargadas de asegurar su adecuada prestación. No obstante, como se dijo, los controles administrativos sobre actividades económicas no modifican la naturaleza de éstas. Lo contrario supondría, prácticamente, la completa "*administrativización*" de las más variadas actividades económicas que, sin estar reservadas al Estado, se someten a potestades administrativas de ordenación y limitación.

Es posible, pues, reconocer la aplicación de los principios generales contenidos en el artículo 141 de la Constitución a la actuación *con forma de Derecho Privado* de la Administración (dando así recepción a la tesis del Derecho Administrativo privado), e incluso, a la actuación privada de particulares desarrollada con fines de interés general y por ende, en colaboración con la Administración (es decir, una suerte de *Derecho privado administrativo*). Ello no implica, sin embargo, que la actividad ejercida en ambos supuestos sea administrativa, en el sentido que la voluntad de esos sujetos se expresará a través del procedimiento administrativo en ejercicio de procedimientos administrativos. Es posible, para nosotros, reconocer la aplicación de estos principios generales a actuaciones que en modo alguno cabe reconducir a la figura de las potestades públicas, y en las cuales, por lo tanto, no tiene cabida el principio de *autotutela*, con sus diversas variantes, que es signo distintivo de la actuación de la Administración o de particulares como *potentior personae*. La institución del procedimiento administrativo no es, pues, aplicable en tales casos, aun cuando la actividad que es desarrollada debe atenerse a los principios generales del Derecho Administrativo enumerados en el artículo 141 constitucional.

Sin embargo, la extensión del objeto del procedimiento administrativo que ha sido admitida por la jurisprudencia comentada, excede, muy mucho, del concepto de actividad administrativa pues supone, en definitiva, una clara *vis expansiva* del Derecho Administrativo anclado en el siempre impreciso y ambiguo concepto de servicio público.

La idea de un Derecho Administrativo como Derecho estatutario de las Administraciones Públicas pierde, aquí, todo sentido. Por ello, la evolución posterior de esa aun incipiente tendencia impactará, a no dudarlo, en las bases mismas del Derecho Administrativo venezolano.

§34. LA TUTELA DEL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DESTITUCIÓN DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Carlos Luis Carrillo Artilés

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello,
Universidad Central de Venezuela y
Universidad Libre de Colombia

I. INTROITO

Es un lugar común al abordar el tema de los procedimientos administrativos dirigidos a establecer la responsabilidad subjetiva disciplinaria de los funcionarios públicos, que se hable de la ineludible necesidad por parte del Estado de respetar las debidas garantías que blinden el derecho a la defensa de quienes participen como investigados o estén incurso en esas específicas relaciones adjetivas con la Administración.

Ha sido una preocupación constante de los ordenamientos jurídicos contemporáneos ir depurando y decantando los procedimientos administrativos, como verdaderos mecanismos garantísticos del llamado Estado de Derecho siempre en la búsqueda de una aproximación a la materialización del tan anhelado principio de legalidad, en donde justamente estas previsiones adjetivas juegan un papel de preponderancia indubitable, ya que se constituyen como los mecanismos idóneos para establecer equilibrios y reglas específicas tasadas entre los particulares y los órganos públicos; cumpliendo una finalidad dual, pues por una parte, se edifican para preservar la esfera jurídica individual de los participantes, y por otra, para servir de contrapeso y limitación al poder estatal, impidiendo el ejercicio de arbitrariedades y manipulaciones protervas por los titulares del Poder Público.

Es con el advenimiento del Estado Occidental Moderno cuando efectivamente se fortalece el aludido principio de legalidad como mecanismo garante por excelencia de la esfera jurídica de los particulares, inclusive aplicable con una relevancia imponderable al caso especial de las singulares relaciones internas entre la Administración Activa y sus operadores denominados funcionarios públicos, cuando éstos últimos se encuentren sujetos a un régimen disciplinario que pretende corregir o sancionar conductas individualizadas desviadas o no deseadas por el legislador, ya sea por actividad o inactividad, las cuales han sido elevadas por consagración expresa de la Ley como causales-tipos que de ser demostradas cabalmente a través de ese iter-procedimental como faltas concretas, permitirían la sustracción por destitución del cargo de quien presta sus servicios en las filas de la Administración Pública.

II. FUNDAMENTO DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

Esa potestad disciplinaria que detentan los órganos y entes pertenecientes al Estado que ejercitan función administrativa, presenta múltiples y variados fundamentos, que van desde “la obligación de asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a su cargo”¹; el poderío que tiene la Administración Pública para internamente “castigar con determinadas sanciones el comportamiento de quienes estén ligados a la Administración por relaciones en las que concurra una relación de supremacía especial que se ejerza sobre los mismos, cuando el referido comportamiento perjudique el debido cumplimiento de la relación administrativa principal”²; hasta llegar inclusive a la asimilación a una especie de “derecho penal administrativo disciplinario”³ del cual están unguadas las autoridades administrativas con el señorío de imponer sanciones ante las acciones u omisiones antijurídicas imputables a sus operadores.

En contraste hay quienes aseguran la existencia de un “poder punitivo o *ius puniendi* único del Estado, que se desagrega en dos manifestaciones o expresiones, a saber: la potestad punitiva penal, lógicamente ejercida por los Tribunales penales, y la potestad punitiva administrativa, ejercida por la Administración Pública, de tal manera que el fundamento de ésta, al igual que el de la primera, estaría estrictamente vinculada al referido poder punitivo general y necesario de todo Estado, pues se insiste en que se trata de dos manifestaciones del mismo poder.

Planteada en estos términos sintéticos las tesis dominante, debe admitirse entonces, desde el punto de vista teórico, que la potestad sancionatoria de la Administración no está concebida básicamente en función del carácter servicial de ésta, a que alude el artículo 141 la Constitución, -Venezolana-, sin que pueda negarse su vinculación con dicho carácter, pero sin llegar a configurarse una relación causa efecto”⁴.

No obstante, se ha afirmado que “sus manifestaciones y ejercicio, no tiene como fundamento la sola represión, ni la corrección de los agentes, funcionarios y empleados, sino la defensa de la autoridad integral de la Administración Pública”⁵, ya que encuentra su origen en las faltas cometidas por los funcionarios en el ejercicio de su cargo, quebrantando el orden interno de la Administración -lo cual- entraña un inacomodamiento del funcionario a la función, y afecta a la propia esencia de la ordenación administrativa”⁶.

Para nosotros el objeto jurídico tutelado por el régimen disciplinario funcional es la eficiencia, agatamiento irrestricto de deberes y el rendimiento en el servicio público⁷ por parte del agente u operador público de carácter administrativo, por cuanto garantiza la buena marcha y desenvolvimiento en la actividad administrativa que a su vez persigue el logro de fines y cometidos de interés público. Corresponde a una potestad única e indivisible del Poder Público, titularizada por el Estado que se ejercita en principio, por in-

1 SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, Montevideo, Uruguay 1963, p. 325.

2 ALESSI, Renato, *Instituciones del derecho administrativo*, Tomo I, Barcelona, España, p. 231.

3 MERKL, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo*, México 1975, p. 347. En este mismo sentido se circunscribe DÍEZ, Manuel María, en su *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Argentina.

4 PEÑA SOLÍS, José, *La potestad sancionatoria de la administración pública venezolana*, Colección de estudios jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela 2005, p. 30.

5 BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Argentina, 1964, p. 210.

6 GARCÍA OVIEDO, G. y MARTÍNEZ USEROS, E., *Derecho administrativo*, Madrid, España 1968, p. 450.

7 En ese sentido apunta la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de fecha 15 de septiembre de 1975, bajo ponencia del Consejero Luis Carlos SÁCHICA.

termedio de órganos y entes de naturaleza orgánica administrativa pero también por órganos y entes no orgánicamente administrativos⁸ siempre que éstos ejerciten función administrativa, por lo cual invariablemente los actos derivados de su ejercicio son administrativos sometidos a normas de igual carácter, producto inexorablemente de un procedimiento administrativo que los haya confeccionado o conformado.

III. LA IMPRETERMITIBLE VINCULACIÓN DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA A UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, aún cuando la enunciada potestad disciplinaria interna esta titularizada por el Estado, corresponde su ejercicio a específicos órganos dentro de esa arquitectura orgánica administrativa, quienes tendrán la acción procedimental -que siempre será de oficio, pero con la singularidad de su imperativa y obligatoria realización-, para activar y motrizar el vehículo adjetivo que establecerá su verificación y consumación frente a un operador público, en su carácter de funcionarios públicos de cualquier índole, cuando fuese procedente. Por ende, la potestad disciplinaria siempre debe encauzarse a través de un procedimiento administrativo previo que certifique y otorgue las máximas garantías posibles, tanto formales como materiales, a los sujetos incurso en su iter-procedimental.

Ese procedimiento administrativo disciplinario de carácter constitutivo, se presenta como la indisponible conexión umbilical entre la potestad disciplinaria que descansa sobre los órganos y entes que ejercitan la función administrativa, y la sanción administrativa, como expresión final de tal atribución pública que pretende corregir conductas reprobables de sus operarios.

Diversos autores han hecho énfasis sobre la importancia del procedimiento administrativo⁹ constitutivo como elemento de “juridicidad de la potestad disciplinaria”¹⁰ para investigar y determinar la tangibilidad de faltas de las cuales sería responsable un funcionario, pues la perdurabilidad de la sanción impuesta dependerá en gran medida de la manera como se haya llevado a cabo la determinación probatoria de la incursión en los supuestos de hecho sancionables, y del respeto de las garantías necesarias para quien sea el sujeto pasivo de tal actividad.

IV. EL ESPECTRO ADJETIVO DISCIPLINARIO EN LA LEFP

En Venezuela, la Ley del Estatuto de la Función Pública publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.482 de fecha 11 de julio de 2002, y reimpressa por error material del órgano emisor, en la *Gaceta Oficial* N° 37.522 de fecha 6 de septiembre de 2002, consagra en su Título V Capítulo II, un régimen disciplinario especial¹¹ para los funcionarios públi-

8 Como pudieran ser órganos legislativos, jurisdiccionales, ciudadanos y electorales.

9 PRATT, Julio, *Derecho administrativo*, Tomo I, Montevideo, Uruguay 1977, p. 124.

10 FIORINI, Bartolomé, *Manual de derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, 1968, p. 600.

11 Es un régimen disciplinario especial, que goza de independencia frente a otras leyes que también regulen la conducta y actividad de los funcionarios públicos, pues no niega la posibilidad de la concurrencia de otras sanciones sobre un mismo sujeto individual, -pudiendo haber identidad en la misma persona física- siempre que medie consagración legal.

cos, el cual descansa en dos tipos de sanciones disciplinarias previstas en su artículo 82, como lo son, la amonestación escrita y la destitución, sustituyendo a las cuatro sanciones previstas en la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1975, de amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión del ejercicio del cargo y destitución.

Por ende la enunciada Ley prevé dos procedimientos administrativos disciplinarios diferenciados¹² a los efectos de la determinación de las faltas que acarreen la imposición de cada sanción aludida, no obstante, en el presente opúsculo nos dedicaremos a analizar la égida del derecho a la defensa en el régimen adjetivo dirigido a la comprobación de los supuestos de hecho previstos como causales de destitución funcional.

V. ÁMBITO SUBJETIVO DE IRRADIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN EN LA LEFP

Al efectuar una inmersión en el específico procedimiento administrativo disciplinario previsto en el Capítulo Tercero de la mal llamada¹³ Ley del Estatuto de la Función Pública, dirigido a establecer la responsabilidad subjetiva del funcionario público a quien se le podría imponer la sanción de destitución del cargo que venía ejerciendo en la arquitectura orgánica de la Administración Pública, se nos impone apriorísticamente efectuar la precisión del ámbito subjetivo sobre el cual operaría dicho régimen adjetivo.

En principio, el procedimiento administrativo consagrado en el artículo 89, iniciado e impulsado por la Administración Pública y dirigido a determinar la responsabilidad disciplinaria individual de un operario administrativo por la incursión en algunas de las causales de destitución previstas en el artículo 86 de la aludida Ley funcional, sin lugar a dudas, está diseñado cavilando en aquellos sujetos que dentro de la función pública gozan de una estabilidad relativa, que serían la especificidad de los llamados funcionarios públicos de carrera, los cuales de acuerdo al artículo 19 *eiusdem*, son aquellas personas naturales que habiendo ganado previamente un concurso público, hayan sido nombrados como tal carácter por la autoridad competente, superado un período de prueba de tres meses y presten servicio remunerado con carácter permanente, además de cumplir cabalmente con los requisitos erigidos en el artículo 17 *idem*.

12 Artículo 84. Procedimiento ante conductas funcionariales que ameriten amonestación escrita. Artículo 89. Procedimiento ante conductas que ameriten destitución del funcionario.

13 Con anterioridad hemos explanado nuestra reserva frente a la denominación semántica dada a la Ley que regula la Función Pública en Venezuela. Hablar de Ley del Estatuto, no solo resulta reiterativo sino incorrecto gramaticalmente, lo deseable hubiere sido que nuestro cuerpo normativo se llamase Ley de la Función Pública o en su defecto Estatuto General de la Función Pública, como se ha dado en el Derecho Comparado. Ese error proviene del atropellado ejercicio legislativo por el cual se gestó esa normativa, con especificidad, cuando la Asamblea Nacional, en fecha 12 de julio de 2002, tildó de “Ley del Estatuto” a la normativa que modificaba el Decreto Ley sobre la Función Pública dictado por el Presidente de la República en fecha 23 de noviembre de 2001, en ejercicio de sus potestades de normación primaria excepcional. Al respecto *ver* CARRILLO ARTILES, Carlos Luis, “La reorbitación de los deberes y derechos de los funcionarios públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública”, en el libro *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela, Homenaje a Hildegard RONDÓN DE SANSÓ*, Tomo I, Segunda Edición, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 2003.

Aún así, frente a la anterior aseveración se podría plantear la interrogante de ¿si ese régimen adjetivo es aplicable con exclusividad a los funcionarios de carrera, o, si por el contrario también es implementable para los mal llamados funcionarios de libre nombramiento y remoción¹⁴?

Un exiguo argumento en contrario, podría apriorísticamente inducirnos a incurrir en el error simplista de afirmar a ultranza que el aludido procedimiento de destitución del artículo 89 *ibidem*, no es aplicable bajo ninguna circunstancia a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, por la sencilla razón que dichos sujetos no gozan de estabilidad funcional alguna.

Aún cuando nadie pone en duda, que ciertamente esta singular categoría de funcionarios no goza de ningún tipo de estabilidad funcional, en atención a que por esencia son retirables en cualquier momento del seno de la función pública, sin necesidad de acudir a un procedimiento previo¹⁵, por lo que pudieran ser sustraídos perfectamente del cargo de alto nivel o de confianza que venían ejerciendo dentro de la arquitectura orgánica administrativa por la simple decisión ejecutiva de la Administración de la necesidad de disponer del cargo en cuestión y cesar su vinculación funcional con el órgano u ente público; ello no niega que en la práctica podrían darse ciertas situaciones en las cuales la Administración pudiera implementar excepcionalmente el procedimiento erigido en el artículo 89, a un funcionario de libre nombramiento y remoción, con la finalidad de establecer su responsabilidad subjetiva derivada por su actividad o inactividad en el ejercicio de su cargo.

La verificación de un procedimiento fundado en el artículo 89 para demostrar su incurso en situaciones concretas, que por su magnitud y gravedad fueron tipificadas por el legislador en el artículo 86 como verdaderas faltas sancionables con la pena disciplinaria de mayor rigor, como es la exclusión de la función pública; no se excluye por el solo hecho de ser funcionario de libre nombramiento y remoción pues por esa cualidad no se esta exento de ser responsabilizado por tales conductas, aún a sabiendas que se podría desvincularlo de la función pública -mediante una fórmula más sencilla pero que tutelaría su irresponsabilidad- por la vía de la simple retiro denominado en la práctica como simple remoción.

Existen diversas razones que apuntalan con toda certeza la idea de la aplicación excepcional de este singular procedimiento a tales funcionarios, en primer lugar, la Ley no relega expresamente su aplicación a un tipo específico de funcionario público, ni se puede deducir de su contexto; el procedimiento en cuestión está ubicado en el Título IV que consagra el régimen general de “Responsabilidad y Régimen Disciplinario” de todos los funcionarios regulados por dicha Ley, y dada la particularidad que el artículo 89 habla

14 Como ya hemos exteriorizado en trabajos previos, consideramos que la denominación funcionario de libre nombramiento y remoción, es incorrecta, pues en la realidad los funcionarios deberían llamarse de libre nombramiento y retiro, siendo aquellos que son nombrados libremente en cargos de alto nivel o de los calificados como de confianza, -artículos 20 y 21 LEFP- sin necesariamente acudir a un procedimiento previo concursal, y no requieren de un período de prueba, por ende, pueden ser retirados o desarraigados del cargo y de la función pública por la simple voluntad de la Administración Pública de disponer del cargo, ya que nunca detentan estabilidad ni siquiera relativa, en atención a que su esencia primordial es ejercer el cargo de manera temporal. Lo dicho no obsta que circunstancialmente un funcionario de carrera, pudiese ejercer transitoriamente un cargo de libre nombramiento y remoción, y que al finalizar ese ejercicio, deba ser removido y en atención a la preservación de su status de carrera, sea reubicado en su cargo de carrera original o uno similar. Al respecto ver nuestra opinión en: CARRILLO ARTELES, Carlos Luis, *La reorbitación...Obra Citada*, p. 76.

15 Sentencia N° 1.472 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 13 de noviembre de 2000, bajo ponencia de la Magistrado Ana María RUGGERI COVA.

de “funcionario público” a secas, sin distinguir su aplicación entre funcionarios de carrera y funcionarios de libre nombramiento y remoción, no nos cabe duda que dicho procedimiento por la enunciación legal pudiera ser aplicable excepcionalmente también a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, a los efectos particulares del establecimiento de su responsabilidad individual para evidenciar que su retiro de la función pública no obedece a la simple volición administrativa por razones de disposición del cargo por gerencia de personal público, sino que ese singular retiro está motivado por la comprobación efectiva de infracciones al ordenamiento jurídico erigidas como faltas graves que inclusive pudiesen acarrear otras sanciones individuales de naturaleza disciplinarias y administrativa previstas en otro cuerpo legislativo.

Nos arriesgamos¹⁶ a afirmar que de darse el caso que un funcionario de mayor jerarquía administrativa dentro de la unidad administrativa donde se encuentre ubicado un funcionario de libre nombramiento y remoción, detectase que la conducta activa o pasiva de éste último pudiese estar inmersa dentro de uno de los supuestos previstos como causales del artículo 86, sería imperativo de acuerdo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 89 en concordancia con el primer aparte del artículo 79 *eiusdem*, dar parte de tal situación a la Oficina de Recursos Humanos del organismo en cuestión, a los efectos de la iniciación, sustanciación y decisión del procedimiento previsto en el referido artículo.

No efectuar tal actividad procedimental, si la Administración Pública ha conocido el hecho sancionable y decide sustraerlo de la función pública sin efectuar mención alguna de tal situación, acudiendo a la quizás más fácil pero encubridora fórmula del retiro por remoción del cargo sería condonar la verdadera responsabilidad subjetiva y amparar la mala conducta del funcionario de libre nombramiento y remoción, al no dejar constancia real de los motivos efectivos que impusieron el desarraigo de tal funcionario del aparato administrativo, e inclusive acarrearía responsabilidad individual para el funcionario que conoció de esos acontecimientos sancionables y no dejó evidencia de los mismos.

Otra palmaria justificación para la aplicación del aludido procedimiento del artículo 89 a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, es que al declararse su responsabilidad individual que imbrica el retiro por infracción del ordenamiento jurídico y dejar constancia de la falta cometida, pudiera en algunas ocasiones, generarse otras sanciones accesorias que emerjan de otras legislaciones, como sería la inhabilitación para ejercer en el futuro otros cargos públicos, depurando preventivamente la filas de la Administración.

Además, si nuestro ordenamiento jurídico funcional, consagró conductas como supuestos de hecho que son calificadas como faltas disciplinarias de tal envergadura, y por lo tanto otorgó a ciertos órganos, con carácter imperativo, la acción para perseguirlas y la potestad para imponer la sanción correspondiente, mal podría entenderse, que verdaderas incursiones demostradas en comportamientos predeterminados no sean sancionadas correctamente, más allá de la circunstancia referida a si el sujeto infractor goza o no de estabilidad en el cargo.

16 Nuestra posición se extravierte de la interpretación contextual de la Ley del Estatuto de la Función Pública, y muy especialmente de la novedosa obligación derivada del artículo 89 en concordancia con el primer aparte del artículo 79 *eiusdem*, que impone a los titulares de las oficinas de recursos humanos, el cumplimiento irrestricto del procedimiento disciplinario, so pena inclusive de su propia destitución. La jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a la luz de la Ley de Carrera Administrativa, manifestaba con rasgos de generalidad, que para retirar a tal categoría de funcionarios, dado que era discrecional del órgano administrativo su nombramiento y remoción, no constituía un deber de la Administración abrir y sustanciar un procedimiento alguno. La diferencia sustancial es que la ley derogada no preveía la novedosa obligación de iniciar cumplir el procedimiento y decidir sancionar si fuere el caso, por las novísimas normas 89 y 79 citadas.

En fuerza del raciocinio anteriormente expuesto, por interpretación en contrario, se extravierte múltiple jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que afirma que excepcionalmente en aquellos casos en los cuales se ha procedido a retirar a esta categoría de funcionarios alegándose como motivo en el acto de retiro su incursión en alguno de los supuestos de las causales de destitución, -sin que la Administración hubiere iniciado un procedimiento administrativo a tal efecto, no permitiéndosele ejercer su defensa ante esa imputación-, se ha decidido a favor del impugnante ordenando su reincorporación al cargo de libre nombramiento y remoción, así como el correspondiente pago de los sueldos dejados de percibir, por lo cual se deduce que si pudiese acudir a tal mecanismo adjetivo de darse un evento susceptible de tipificación.

Curiosamente luego de producida esa reincorporación por mandato judicial, y de serle cancelados los sueldos dejados de percibir, la Administración pudiera acudir a retirar al mencionado funcionario de libre nombramiento y remoción, alegado simplemente razones de disponibilidad del cargo por mera gerencia del personal público, salvo que incurra en nuevos hechos susceptibles de ser sancionados, por los cuales, -según nuestro criterio- debería acudir a la adjetividad explicada con anterioridad para determinar su responsabilidad individual.

VI. LA ERRÓNEA E INSUFICIENTE REDACCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO EN LA LEFP

La construcción legislativa del mecanismo adjetivo previsto en el artículo 89 inserto en el Capítulo III de la Ley del Estatuto de la Función Pública, revela según nuestro criterio, una errónea e insuficiente redacción que acarrea una evidente problemática en torno a la tutela efectiva del derecho a la defensa de los funcionarios públicos disciplinables, sobre los cuales se verifique tal procedimiento administrativo dirigido a comprobar que su comportamiento activo o pasivo es reprochable y encuadra en alguno de los supuestos que a tal efecto erige el artículo 86 *eiusdem* como causales de destitución.

Esas pautas procedimentales revelan situaciones que por la manera temporal como están dispuestas y ordenadas para ser ejecutadas por el órgano instructor, por la ausencia de previsiones ilustrativas específicas, o por desconocimiento de los operarios sustanciadores y funcionarios decisorios, pudieran generar en su aplicación práctica, inobservancias graves de garantías formales y materiales previstas en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, legal y reglamentario, referidas al continente del derecho a la defensa.

VII. LA INSUFICIENCIA DE REMISIONES NORMATIVAS Y EL DESCONOCIMIENTO DE PREVISIONES GARANTÍSTICAS. LA INELUDIBLE LABOR DE INTEGRACIÓN NORMATIVA

Es usual que múltiples órganos y entes estatales, quienes actúan cotidianamente como sede administrativa y tienen la carga de llevar a cabo e impulsar los procedimientos de esta naturaleza, consideren que su actuación esta ajustada plenamente a la legalidad, tan

solo por implementar y apegarse simplemente a ciegas¹⁷ los trámites de la adjetividad que emerge del artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, discurrendo con cierta ligereza, por instrucciones o sustanciaciones de averiguaciones administrativas en donde se obvia palmariamente la labor de integración normativa.

Esa labor de integración normativa impone la aplicación de la adjetividad del 89 en combinación con principios, derechos humanos y garantías fundamentales que en materia disciplinaria funcionarial exaltan particulares mecanismos garantísticos de la esfera jurídica de los disciplinables, como serían: el derecho inalienable de conocer que se instruye una causa en su contra desde el mismo momento de la génesis o activación de una formulación procedimental en su contra, permitiéndose a su vez, el control procedimental del cúmulo universal de pruebas que incidan sobre un ámbito individual-subjetivo para la prevalencia absoluta de un debido procedimiento; la comprensión y determinación de la temporalidad idónea para llevar a las actas del expediente las pruebas por la Administración, y su diferencia cronológica con las pruebas invocadas por el presunto disciplinado; la interpretación cerrada de los supuestos tipos que afloran como causales para sancionar; la proporcionalidad entre la sanción disciplinaria y la gravedad de los hechos demostrados como falta; y otras serie de circunstancias que den preeminencia a principios como los de confianza legítima, participación y contradicción, igualdad, en fuerza de la ya precitada garantía del debido procedimiento.

Por ello al momento de instaurarse un procedimiento de naturaleza disciplinaria funcionarial de acuerdo al 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, se impone la impretermitible necesidad de abordar el entramado normativo de garantías más allá de la simple lectura de dicha Ley, imponiéndose la labor de integración normativa, contextualizando ese procedimiento sancionatorio con otras disposiciones del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, con las disposiciones constitucionales como normas supraordinadas a todo el ordenamiento jurídico, muy especialmente en lo atinente al derecho a la defensa y al debido procedimiento previsto en el precepto 49 de nuestra Constitución; la aplicación de otros instrumentos como Pactos Internacionales que actualmente por mandato del precepto constitucional 23 tienen rango fundamental, y en segundo lugar, con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, normación de aplicación residual¹⁸, la cual debe emplearse a favor del particular involucrado para llenar los vacíos procedimentales no cubiertos expresamente por el procedimiento administrativo disciplinario de la Ley del Estatuto de la Función Pública, -al efecto de hacer efectivo lo dispuesto en el citado precepto 49 constitucional y en las otras disposiciones que avalen el debido procedimiento-, en lo referente a la defensa integral del funcionario público sometido al régimen disciplinario.

17 El aludido artículo 89 erige nueve fases consecutivas que inclusive fueron signadas con números, lo cual genera -con mucha frecuencia- la idea inmediata al descuidado, poco acucioso o mal informado lector, de considerar que esas previsiones adjetivas se bastan por sí solas y contienen toda la universalidad de principios y garantías que rigen ese singular régimen disciplinario funcionarial, y lo que es peor, que se deben aplicar taxativamente en la forma y temporalidad como se describe y están dispuestas.

18 En los cursos de post grado impartidos y en trabajos previos, hemos exaltado la idea de la aplicación "residual" por vía de analogía de las garantías procedimentales previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en los aspectos no cubiertos parcialmente por procedimientos previstos en leyes especiales dirigidos a la formación de un acto singular. Esta noción dista de la aplicación "supletoria" del procedimiento ordinario del artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo cual comporta una implementación en toda su extensión de esa específica adjetividad, ante el defecto o inexistencia total de previsión normativa en la Ley especial de un procedimiento a seguir para formar un acto administrativo. Es curioso el hecho que la Ley del Estatuto de la Función Pública no hace referencia alguna en los capítulos referidos a los procedimientos llevados en sede administrativa, a la aplicación supletoria de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo cual no obsta en lo absoluto de la operatividad de la aplicación residual, previamente expuesta.

VIII. EL FUNDAMENTO DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO Y SUS IMPLICACIONES

Esa garantía del debido procedimiento plasmada en el precepto 49 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y en su reimpresión del año 2000, como derecho fundamental de aplicación directa e inmediata; está consagrada a su vez, en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; en el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada en igual data de 1948, asimismo en los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del Pacto de San José de Costa Rica del año 1969, normas que inducen a una idea global e integradora de mecanismos protectivos de la esfera subjetiva del presunto disciplinable, aplicables con las matizaciones que correspondan al caso funcional.

Estos instrumentos concatenan el principio fundamental de presunción de inocencia del involucrado, quien realmente se presenta no como contraparte de la Administración sino como un coadyuvante, a los efectos de la investigación en la búsqueda de la verdad procedimental; el principio de improbabilidad de doble juzgamiento por la misma causa, o también denominado principio '*non bis in idem*', como axioma medular de derecho sustancial que aduce la idea que una vez decidido definitivamente firme un acto administrativo generador de la llamada cosa juzgada administrativa disciplinaria, se solidifica y convierte en inmutable lo decidido en sede administrativa, no pudiendo ser objeto de un nuevo procedimiento administrativo disciplinario con la misma identidad al ya decidido.

IX. INMERSIÓN EN EL ARTÍCULO 89 DE LEFP. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN

Al efectuar una inmersión en el numeral 1 del artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, se observa la formalidad que ordena que, una vez detectado un comportamiento activo o inercial por parte de un funcionario público que pudiera ser encuadrado dentro de alguno de los catorce numerales previstos como causales de destitución por el artículo 86 *eiusdem*, correspondería especialmente a un sujeto determinado dentro de la estructura orgánica administrativa, como lo es, 'el funcionario de mayor jerarquía dentro de la respectiva unidad administrativa' donde se encuentre inserto en el presunto infractor disciplinable, la obligación de solicitar la 'apertura' de una denominada 'averiguación', a un órgano instructor y sustanciador especial de los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria funcional, como lo es la oficina de recursos humanos o estructura asimilable¹⁹ de los órganos o entes públicos que ejerciten función administrativa.

Es curioso el hecho que la Ley haga mención a la solicitud de una 'apertura', termino que semánticamente puede ser entendido como abrir una supuesta 'averiguación', por

19 Dado el ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública a todos los entes territoriales de la división político territorial venezolana, como lo son, la federación, los estados federados y los municipios, pudiera darse la situación que dentro de estas estructuras estatales o municipales, pudiese no existir un órgano con la calificación expresa de "oficina de recursos humanos", como producto de su potestad autonómica organizativa otorgada constitucionalmente a esos entes; en tal caso, le corresponderían al órgano interno con nomenclatura distinta al cual se le haya otorgado por vía legal, competencias asimilables a las de la oficinas de recursos humanos.

parte de la oficina de recursos humanos o quien haga sus veces en la estructura orgánica interna, pero tendríamos que preguntarnos si ¿formal y efectivamente esta solicitud pudiera ser entendida como un inicio formal del procedimiento administrativo disciplinario funcional?

Consideramos rotundamente que con esa actuación no se puede hablar en manera alguna de inicio formal del procedimiento disciplinario, pues todo procedimiento administrativo de iniciación o modo de proceder de oficio, nace estrictamente cuando se traba la relación procedimental, lo cual efectivamente corresponde a partir del momento en que se notifica al particular interesado del origen formal de una averiguación o procedimiento que eventualmente podría incidir en su esfera jurídica subjetiva.

Antes de ese momento solo puede hablarse de la configuración y materialización de una etapa compuesta de una serie de actos de trámite concatenados entre si, de naturaleza preparatoria, que solo puede ir dirigidos a la conformación del nacimiento del procedimiento administrativo del cual formaran parte, y que el caso que nos ocupa, consistirían justamente en remitir la información de la conducta o hecho detectado con los simples elementos con los que se cuente para ese momento, a la oficina de recursos humanos como único órgano competente al efecto de la iniciación y sustanciación de procedimiento, siempre que ésta oficina considere su pertinencia, al previamente evaluar el hecho detectado y llevado a su conocimiento bajo el análisis de si eventualmente es tipificable la conducta como antijurídica a los efectos que sea oficioso instaurar un procedimiento. En caso contrario, perfectamente la oficina de recursos humanos pudiera desechar la información mediante acto motivado, al considerar inoficiosa o impertinente una sustanciación de hechos que no pudieran ser encuadrados como falta funcional.

Como puede observarse, no se trata de una averiguación inicial separada o desconectada con el procedimiento disciplinario, sino una fase preparatoria o instrumental del mismo que dependerá su existencia de la iniciación formal de aquél -ya que existe un principio de unicidad procedimental en donde el procedimiento se entiende como un todo, con la particularidad que esta compuesto por fases o etapas intrínsecas-.

Por otro lado, existe la errada y diseminada creencia en muchos funcionarios instructores que el procedimiento administrativo nace al dictarse un acto administrativo de apertura, al cual mal califican como 'auto de apertura' por una mala asimilación a los procesos judiciales, lo cual dista absolutamente de la realidad procedimental administrativa. Sin embargo, a partir de esa actuación creída es donde se podría generar -y se genera en la praxis- una gama inusitada de verdaderas violaciones al derecho a la defensa de los presuntos sujetos pasivos del procedimiento.

Ello se deriva de la incorrecta redacción del numeral 2 del artículo 89 que textualmente manifiesta que: "La oficina de recursos humanos instruirá el respectivo expediente y determinará los cargos a ser formulados al funcionario o funcionaria público investigado, si fuere el caso", para luego decir en su numeral 3 que "una vez cumplido lo establecido en el numeral precedente, la oficina de recursos humanos notificará al funcionario o funcionaria público investigado para que tenga acceso al expediente y ejerza su derecho a la defensa, dejando constancia de ello en el expediente..."

Consideramos que pudiera mal interpretarse de la redacción del numeral 2 y de la lectura inmediata del numeral 3, que la ley deja en manos de la oficina de recursos humanos, una sustanciación a espaldas del eventual sancionable -lo cual sería absolutamente inconstitucional- en donde el órgano público libremente pudiese recabar por su arbitrio todo género de pruebas sin limitación ni control alguno al momento de su obtención, por

quien, sin lugar a dudas, es el interesado en ese procedimiento por ser el eventualmente sancionable, y además prefabricar una determinación de cargos subjetivos de manera subrepticia.

Curiosamente el numeral 3 del artículo 89 expresamente habla que, luego de cumplida la sustanciación del expediente, recabadas las pruebas por la Administración e inclusive determinados los cargos a espaldas del investigado por previsión del numeral 2, es cuando la oficina de recursos humanos notificará al funcionario público investigado “para que tenga acceso al expediente y ejerza su derecho a la defensa”, en franca contradicción a la garantía constitucional prevista en el artículo 49, que eleva el derecho fundamental a la defensa y la asistencia jurídica como derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del procedimiento. Acaso ¿no tendría derecho el funcionario presuntamente investigado de acceder al expediente en cualquier momento, o a ejercer cualquier tipo de actividad defensiva desde los orígenes de la averiguación?

El problema no es nada sencillo, pues la idea no es cercenar a los órganos públicos encargados de llevar a cabo una investigación de las probabilidades para evidenciar una falta cometida por un funcionario, pero resulta que ese poder investigativo debe ser ponderado y limitado frente a la égida de la esfera jurídica subjetiva, muy especialmente en lo atinente al derecho a la defensa, de quien pudiese ser afectado por tal actividad disciplinaria.

Pudiera ser factible que la Administración Pública llegue a tener conocimiento de un hecho que pudiera ser encuadrado en algunos de los supuestos tipos como causales para destitución, sin detectar a priori elementos que hagan incidir ni siquiera alguna presunción que haga referencia a un singular o particular funcionario público, lo cual solo podría ser viable frente a hechos relacionados con las causales 8 y 12 y eventualmente 5, 6, 7 y 11, en virtud que los supuestos de hecho pueden en principio, no arrojar a un probable responsable. Ante estos eventos la Administración tendría las más laxas facultades de investigación y libre recabamiento de elementos probatorios de índole estrictamente objetiva -pues solo estaría alinderada de acuerdo al artículo 88, por la imbricación temporal de la operatividad de la prescripción de la acción procedimental para perseguir esa falta, la cual es de ocho meses a partir del conocimiento del hecho por la Administración, y no se hubiere notificado personalmente al presunto involucrado, aún cuando la ley habla de no haberse solicitado la apertura de la averiguación.

Esa facultad libre de investigación de pruebas objetivas permitirían que la Administración llegue a tener certeza de la ejecución de los hechos constitutivos de una falta administrativa, y en lo sucesivo, llegar tímidamente a empezar a deducir un eventual responsable, momento a partir del cual, debe ser automáticamente notificado ese funcionario de la iniciación formal del procedimiento de oficio en el cual esta siendo investigado.

De acuerdo a nuestro criterio, nunca podría sustanciarse un procedimiento o averiguación para levantar pruebas de naturaleza subjetiva -en el entendido que apunten a un sujeto funcional determinado-, sin haberse notificado a ese involucrado de la iniciación de la averiguación; notificación que indiscutiblemente se impondría ante las causales 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 13, 14, y eventualmente inclusive en algunos de los supuestos de los numerales 5, 6, 7, 8 y 12 del artículo 86, porque debido a su naturaleza siempre habría un presunto inculpado desde el mismo momento de detectarse la comisión de los supuestos de hecho disciplinables.

Esta regla únicamente podría ser atenuada ante situaciones que por su naturaleza arrojen pruebas que solo pudieran ser captadas al materializarse en un momento determinado, y cuyo retardo en la obtención de la prueba fuese perjudicial o las haga inviables,

porque de acuerdo a su esencia son susceptibles de desaparecer por el paso del tiempo, o por efectos endógenos o exógenos a ella misma, las cuales aún cuando sean de naturaleza subjetiva, en el sentido que involucren a un sujeto funcional determinado, pudiesen por excepción ser recogidas al momento de producirse sin haberse notificado al funcionario presuntamente sancionable, sin embargo, de inmediato se impondría su remisión a la oficina de recursos humanos para que se notifique del inicio del procedimiento al funcionario señalado por los indicios subjetivos recogidos.

De manera que, salvo la enunciada excepción explanada en el párrafo precedente, la regla es que en el mismo instante o momento en que en los actos preparatorios del procedimiento disciplinario denoten, -aunque sea circunstancialmente-, alguna presunción que subjetivice o individualice el asunto en un funcionario determinado, se impondría incontrovertiblemente su notificación al efecto que conozca que se le esta investigando, trabando la relación procedimental y garantizándole fluidamente el derecho a la defensa integral a través de ese iter procedimental, así como el control procedimental en la obtención de la pruebas, aún cuando específicamente esa notificación no esta referida por el numeral 2 del artículo 89. Desconocer esto o prevalecerse de esa ausencia normativa, podría conculcar garantías efectivas de índole fundamental y legal que prevé nuestro ordenamiento jurídico las cuales dan cobertura a la esfera individual.

De hecho, la ley en ese referido numeral 3 edifica todo un elenco de vías para permitir cualquier notificación efectiva del funcionario, por cuanto si no pudiese hacerse la notificación personalmente, se entregaría la misma en su residencia y se dejaría constancia de la persona, día y hora en que la recibió. A tal efecto, cuando el funcionario público ingrese a la Administración Pública debe indicar una sede o dirección en su domicilio, 'la cual subsistiría para todos los efectos legales ulteriores y en la que se practicarían todas las notificaciones a que haya lugar'. Si resultare impracticable la notificación en la forma señalada, se publicaría un cartel en uno de los periódicos de mayor circulación de la localidad y, después de transcurridos cinco días continuos, se dejaría constancia del cartel en el expediente y se tendría por notificado al funcionario público.

Un planteamiento que comúnmente surge en el seno de los órganos administrativos, es que si se notifica al funcionario presuntamente infractor del inicio formal del procedimiento administrativo disciplinario previsto en el artículo 89 a los efectos de garantizar el precepto constitucional 49, se generaría la consecuencia dispuesta del mandato del numeral 4 del artículo 89, por lo que la Administración Activa solo dispondría de 5 días para recabar las pruebas subjetivas²⁰ dirigidas a inculpar personalmente al investigado,²¹ pues al quinto día hábil después de haber quedado notificado el funcionario público, la oficina de recursos humanos tendría la obligación de formularle una imputación de cargos específicos a que hubiere lugar. Es significativo aclarar que, aún cuando la Ley habla del quinto día, este debe entenderse como un lapso en el cual dentro del mismo, se deba efectuar la formulación imputativa, que en realidad no es un acto formal sino una notificación personal por escrito de los cargos.

Es significativo resaltar que el lapso para recabar pruebas -objetivas y subjetivas- por la Administración cesa con la imputación de cargos al funcionario presuntamente disciplinable, ya que posteriormente a esta incriminación, la Administración no podría traer

20 Salvo la excepción de pruebas subjetivas obtenidas al instante de la consumación de los hechos, y las que puedan desaparecer por transcurso del tiempo, o por elementos internos o externos.

21 Este lapso de 5 días para recabamiento de pruebas subjetivas, resulta igualitario y equilibrado al lapso de 5 días para promover y evacuar pruebas con el que cuenta el funcionario imputado luego de descargarse de las imputaciones efectuadas por la Administración, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 89.

elementos nuevos al procedimiento que trastornarían cualquier eventual defensa que efectuó el funcionario imputado, todo ello en atención a que luego de imputados los cargos el funcionario presuntamente sancionable, tiene un lapso de cinco días para efectuar su descargo mediante consignación de escrito razonado.

Paradójicamente el numeral 5 reitera lo dispuesto en el numeral 3 del citado artículo 89, al manifestar que el funcionario público investigado ‘durante el lapso previo a la formulación de cargos y dentro del lapso para consignar su escrito de descargo, tendrá acceso al expediente y podrá solicitar que le sean expedidas las copias que fuesen necesarias a los fines de la preparación de su defensa’, reincidiendo en un matiz preocupante del numeral 1 del precepto constitucional 49, elevándose de nuevo las inquietudes en torno a las garantías fundamentales que blindan el continente del derecho a la defensa, ya expresadas con anterioridad y las cuales damos por reproducidas.

Continúa el numeral 6, acotando que inmediatamente al superarse el mal llamado “acto” de descargo, se abriría un lapso de cinco días hábiles para que el investigado promueva y evacue las pruebas que considere conveniente. Es sumamente importante resaltar que este lapso es para llevar a las actas del expediente administrativo solo las pruebas alegadas por el involucrado presuntamente sancionable, estándole vedado a la Administración introducir nuevos elementos probatorios, ya que si ese fuera el caso, se estaría distorsionando las bases por las cuales se defendió el funcionario imputado en su descargo, engendrándose una afectación directa del derecho fundamental a la defensa.

Así el numeral 7 manifiesta que, vencido el lapso de pruebas exclusivas del funcionario involucrado, la oficina de recursos humanos cuenta con dos días hábiles para remitir el expediente contentivo de todos los recaudos a la Consultoría Jurídica o unidad similar del órgano administrativo, con la finalidad de la emisión de una opinión -no vinculante para el órgano decisor- sobre la procedencia o no de la destitución, para lo cual, dispondrá de un lapso de diez días hábiles.

Finalmente el numeral 8 deja en manos del órgano decisor encarnado por la máxima autoridad del órgano o ente que ejerza la función administrativa, la obligación de decidir si procede a destituir al involucrado o no, dentro de los cinco días hábiles siguientes al dictamen de la Consultoría Jurídica, imponiéndosele como es natural, la obligación de notificar en uno u otro sentido al funcionario público investigado, indicándole en el caso de ser sujeto de la destitución, la acción jurisdiccional -mal llamado recurso- que procediere contra dicho acto, así como el tribunal competente ante el cual podría presentarla y el término cronológico para ello.

X. ALGUNAS PROPUESTAS FINALES

Según nuestro parecer en materia disciplinaria debería estar expresamente proscrita por la ley funcionarial, toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa o en todo caso, producto de la actitud consciente y voluntaria del agente, que da lugar a ser reprochable. No toda acción u omisión por sí sola hace responsable al agente público. Existen situaciones reales en las cuales el funcionario debería quedar exonerado de responsabilidad disciplinaria, sin embargo nuestra legislación funcionarial es insuficiente, ya que no consagró causas de exclusión ni de atenuación de responsabilidad disciplinaria, como son la fuerza mayor o caso fortuito; la coacción ajena sufrida como violencia real sobre sí o sobre sus familiares o cosas; la

viabilidad de singulares casos de ponderación de intereses en juego donde el bien jurídico tutelado y la defensa de la sociedad se impondría ante deberes tasados legalmente que pudieran ser incumplidos por un funcionario, lo cual en los actuales momentos quedaría en manos de la discreción administrativa del órgano sancionador o de la apreciación eventual del juez contencioso funcional.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSI, Renato, *Instituciones del derecho administrativo*, Tomo I, Barcelona España.
- BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, Buenos Aires Argentina, 1964.
- CARRILLO ARTILES, Carlos Luis, "La reorbitación de los deberes y derechos de los funcionarios públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública." En el libro *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela, Homenaje a Hildegard RONDÓN DE SANSÓ*, Tomo I, Segunda Edición, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas, 2003.
- DÍEZ, Manuel María en su *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires Argentina.
- FIORINI, Bartolomé, *Manual de derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires Argentina, 1968.
- GARCÍA OVIEDO, G. y MARTÍNEZ USEROS, E. *Derecho administrativo*, Madrid España, 1968.
- GHERSI MARTINEZ, Vivot (h) y DE ANTUENO MARCER, Cruchaga, *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, Editorial Hammurabi S.R.L, Buenos Aires 1987.
- MARMOLEJO ESPITIA, Oscar Humberto, *Régimen disciplinario de los servidores públicos*, Editorial Leyer, Bogotá 2002.
- MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Régimen jurídico de los funcionarios*, Editorial Tecnos, Madrid España 1999.
- MERKL, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo*, México 1975.
- MORELLI RICO, Sandra, "La participación en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso administrativo", *Temas de Derecho Público*, N° 40, Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá Colombia 1996.
- NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionatorio*, Segunda Edición, Editorial Tecnos, Madrid España 2000.
- PEÑA SOLÍS, José, *La potestad sancionatoria de la administración pública venezolana*, Colección de estudios jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas Venezuela 2005.
- PRATT, Julio, *Derecho administrativo*, Tomo I, Montevideo Uruguay 1977.
- RODRÍGUEZ FALCÓN, Joaquín, *Los Deberes y la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos*, Paredes Editores, Caracas 1985.
- RODRÍGUEZ FALCÓN, Joaquín y MARIA COLLETTI CACCIABAUDO, *Introducción analítica al reglamento general de la ley de carrera administrativa*, Ediciones de función pública venezolana, Caracas 1982.

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Derecho administrativo disciplinario*, Ediciones librerías del profesional, Segunda edición, Bogotá Colombia 1989.

SANCHEZ Morón, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, Editorial Tecnos, Madrid España 1996.

SANTOFINO GAMBOA, Jaime Orlando, “El derecho de defensa en las actuaciones administrativas. situación jurisprudencial”, Instituto de estudios constitucionales Carlos RESTREPO PIEDRAHITA, *Temas de Derecho Público*, N° 54, Universidad Externado de Colombia Bogotá, Colombia 1998.

SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, Montevideo Uruguay 1963, p. 325.

TORRES Ivan Dario, *Derechos y deberes del trabajador y del funcionario público*, Italgráfica S.A., Caracas 1994.

§35. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y SU APLICABILIDAD RESPECTO DE LOS ÁMBITOS DE ACTUACIÓN DEL PODER PÚBLICO

Caterina Balasso

Profesora de la Universidad de Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La confianza legítima se erige en un principio rector de la relación jurídica que se establece entre los órganos que ejercen el Poder Público y los particulares mediante el cual "...se alude a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener de otro una prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses..."¹.

En tal sentido, el principio de la protección de la confianza legítima impone el respeto a la seguridad jurídica que informa todo modelo de Estado de Derecho, protegiendo las relaciones del Estado, cuando se ubica institucionalmente frente a los ciudadanos, ajustándose de forma más armoniosa que otros principios (como el de buena fe, por ejemplo) e informando su actividad para transmitir esa clave de funcionamiento a toda la sociedad².

Conforme a sus postulados, si las actuaciones, de los órganos que ejercen el Poder Público contrarían por completo la deducción lógica determinada por sus procederes anteriores, se configura una transgresión del principio de la confianza legítima, pues "...cuando se alude a la conducta que fomenta la expectativa, la misma no está constituida tan sólo de actuaciones, sino que también se conforma con abstenciones y manifestaciones denegatorias u omisiones voluntarias..."³.

Sobre el principio de la confianza legítima se ha pronunciado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 514 de 3 de abril de 2001 (caso *The Coca-Cola Company vs. Ministerio de la Producción y el Comercio*), sentando el criterio de que las actuaciones reiteradas de la Administración Pública hacen nacer a favor de los administrados expectativas jurídicas que han de ser apreciadas por el juez, constituyendo los criterios administrativos, aún cuando puedan ser cambiados, instrumentos idóneos para crear tales expectativas. El argumento sentado en la sentencia indicada se fundamentó en el análisis del artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sobre el cual, la Sala señaló que:

1 RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano*, Caracas, 2002, p. 3.

2 CASTILLO BLANCO, Federico A., *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons Editores, 1998, pp. 273-274.

3 RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano*, Caracas, 2002, p. 3.

[...]no es más que la aplicación del principio de la irretroactividad de las disposiciones generales a situaciones nacidas con anterioridad a su pronunciamiento. La norma establece igualmente, que la modificación de los criterios no es motivo para la revisión de los actos definitivamente firmes. El artículo 11, brevemente analizado, es considerado como uno de los ejemplos más significativos en la legislación venezolana, del principio de la confianza legítima, con base en el cual, las actuaciones reiteradas de un sujeto frente a otro, en este caso de la Administración Pública, hacen nacer expectativas jurídicas que han de ser apreciadas por el juez y justamente, los criterios administrativos, si bien pueden ser cambiados, son idóneos para crear tales expectativas[...].

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que "...los cambios de criterio no pueden producirse en forma irracional, brusca, intempestiva, sin preparar debidamente a los destinatarios sobre la posibilidad de los efectos que sobre los mismos recaerán, ...*omissis*... por cuanto esto sería violatorio de las expectativas de los ciudadanos de que se continúe aplicando el régimen preexistente..."⁴.

El principio de la confianza legítima también fue analizado extensivamente por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n° 98 del 1 de agosto de 2001 (caso *Asociación Civil "Club Campestre Paracotos"*), en la cual precisó que el mismo se fundamenta en la confianza que en el ciudadano produce la actuación de la Administración, actuación que debe estar supeditada por el ordenamiento jurídico y orientada por la protección del interés general. En dicha sentencia, dictada con ocasión de la impugnación de unas elecciones realizadas en el Club Campestre Paracotos, la Sala Electoral consideró que una información emanada de funcionarios del órgano electoral resultaba "...idónea para generar una *expectativa procesal plausible* en los potenciales recurrentes, en el sentido de llevarlos a la convicción de que lo procedente era agotar la vía administrativa mediante la interposición del correspondiente recurso jerárquico, antes que optar por el acceso inmediato a la sede jurisdiccional..."

Y es que según ha reconocido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al pronunciarse sobre una acción de amparo interpuesta contra una decisión judicial mediante la cual se declaró la perención de la instancia después de que se hubiera dicho "vistos": "...La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos procesales de los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no son contrarios a derecho..." (Sentencia de 1° de junio de 2001, Exp N° 00-1491).

El principio de la protección de la confianza legítima se presenta entonces como rector de la relación jurídica que se establece entre los particulares y el Estado, imponiéndole a éste el deber de reconocer el carácter legítimo que tienen las expectativas jurídicas fundadas en sus actuaciones reiteradas y, -en tal sentido-, imponiéndole también el deber de respetarlas, absteniéndose de modificarlas de manera irracional, brusca, intempestiva, sin la debida preparación en relación con los efectos que se generarán.

Así, pueden encontrarse situaciones de aplicabilidad del principio de la protección de la confianza legítima en los diversos ámbitos de actuación de los poderes públicos, y particularmente en lo que se refiere a la actividad administrativa, la administración de justicia y la adopción de normas, las cuales ejemplificaremos haciendo referencia a algunos precedentes jurisprudenciales pronunciados al respecto.

4 RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano*, Caracas, 2002, p. 25.

1. La confianza legítima y la actividad administrativa

En primer lugar, en lo que se refiere a la actividad administrativa de los órganos que actúan en ejercicio del poder público, el principio de la protección de la confianza legítima dicta que las actuaciones de los órganos que integran la Administración Pública deban llevarse a cabo, en un todo, conforme a reglas preestablecidas y conocidas por los particulares, de manera que no haya sorpresas en cuanto a la conducta de la Administración⁵.

En el sentido, cabe mencionar en primer lugar la ya referida sentencia dictada por la Sala Política Administrativa el 29 de marzo de 2001 (caso *The Coca Cola Company*), en la cual se estableció:

[...]El artículo 11 [*de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*], brevemente analizado, es considerado como uno de los ejemplos más significativos en la legislación venezolana, del principio de la *confianza legítima*, con base en el cual, las actuaciones reiteradas de un sujeto frente a otro, en este caso de la Administración Pública, hacen nacer expectativas jurídicas, que han de ser apreciadas por el juez y justamente, los criterios administrativos, si bien pueden ser cambiados, son idóneos para crear tales expectativas.

Ahora bien, esta Sala observa que los criterios empleados para determinar la posibilidad de coexistencia pacífica de signos distintivos no son absolutos, sino que atienden a determinados condicionamientos que se constatan en cada situación concreta, no constituyendo así reglas rígidas que deben aplicarse en cada caso sin que medie la apreciación de las circunstancias que lo conforman. Es por todo lo anterior que en casos como el de autos no es posible afirmar que los referidos criterios, establecidos por la Administración, sean inmutables y definitivos. Así se establece.

En este mismo ámbito de la actividad de la administración se ubica el precedente jurisprudencial que deriva de la sentencia pronunciada por la Sala Constitucional el 28 de abril de 2003, en la cual, al conocer de una acción de amparo interpuesta contra la Comisión Nacional de Casinos, Bingos y Máquinas Traganíqueles por un grupo de empresas del ramo, por incumplimiento de lo ordenando en un fallo anterior de esa misma Sala Constitucional, estableció lo siguiente:

[...]se desprende de los autos, que transcurrió con creces el lapso establecido en el fallo tantas veces mencionado, sin que se haya dado cumplimiento a la orden impartida por la Sala, ya que hasta la fecha no se ha regularizado el otorgamiento de licencias y autorizaciones de funcionamiento de las accionantes, mediante el mecanismo previsto en el artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, lo cual, constituye una situación fáctica que genera un estado de indefinida incertidumbre y falta de certeza jurídica en cuanto a la conclusión de un procedimiento administrativo, así como una transgresión a la confianza legítima derivada del otorgamiento de las correspondientes autorizaciones.

En este contexto es menester señalar que el otorgamiento de los permisos generó expectativas en las accionantes y con ello importantes erogaciones de dinero, con la finalidad de cumplir con los objetivos para los cuales la Administración les confirió tales autorizaciones y ejercer de esta forma la actividad económica de su preferencia. Por lo cual, la omisión de hacer cumplir los requisitos establecidos en la normativa tendiente a la regularización de la actuación de las accionantes no puede ocasionar perjuicio a quien previamente ha obtenido de la autoridad competente la anuencia para el ejercicio de su actividad, plasmado en actos administrativos, los cuales a pesar de la inhibición de su eficacia, mantenían plena validez, tal como lo apreció esta Sala en su sentencia del 13 de marzo de 2001.

5 BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del Procedimientos Administrativo en América Latina*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2003, pp. 277 y ss.

Por último, cabe referir en relación con el principio y su aplicabilidad respecto de las actuaciones de la Administración, la ya mencionada sentencia dictada el 30 de junio de 2004 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual, al declarar sin lugar la demanda de nulidad intentada contra el artículo 199 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, que se publicó el 28 de diciembre de 2001 (*Gaceta Oficial* n° 5.566 Extraordinario), se estableció lo siguiente:

[...]Entre los principios que rigen a la actividad administrativa en general y que resultan aplicables también y en concreto a la actividad de la Administración tributaria, se encuentran los de certeza y seguridad jurídica, los cuales recoge el artículo 299 de la Constitución de 1999 como derivación directa de dicho principio de buena fe en el ámbito de la actividad administrativa. Tales principios están recogidos expresamente en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, cuya finalidad es el otorgamiento a los particulares de garantía de certidumbre en sus relaciones jurídico-administrativas.

2. La confianza legítima y la administración de justicia

Siguiendo con otro de los ámbitos de actuación de los poderes públicos, particularmente el de la administración de justicia, cabe referirnos a algunos ejemplos que se encuentran en nuestra jurisprudencia, donde se han salvaguardado expectativas de los administrados al amparo del principio de la protección de la confianza legítima.

Así, en primer lugar tenemos el ya referido fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de junio de 2001 (Exp N° 00-1491) en el cual la Sala, al pronunciarse sobre una acción de amparo interpuesta contra una decisión judicial mediante la cual se declaró la perención de la instancia después de que se hubiera dicho “vistos” estableció lo siguiente:

[...]La interpretación pacífica emanada de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, fundada en las normas del Código de Procedimiento Civil, fue que la perención no corre después que la causa entre en estado de sentencia. *Tal interpretación generalmente admitida creó un estado de expectativa legítima, para las partes y usuarios de la justicia, de que no corría la perención mientras la causa se encontrara en estado de sentencia, y ello llevó a que no diligenciaran solicitando sentencia vencido el año de paralización por falta de actividad del juzgador.* Al no estar corriendo la perención, por no tratarse de la inactividad de los litigantes la causante de la paralización, las partes -en principio- no tenían que instar que se fallare. “Sin embargo, no puede entenderse que esa expectativa legítima sea indefinida, ya que una inactividad absoluta y continuada produce otros efectos jurídicos, aunque distintos de la perención. *“La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos procesales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no contrarios a derecho.*”

Si un tribunal no despacha un día fijo de la semana, sorprendería a los litigantes si hace una clandestina excepción (ya que no lo avisó con anticipación) y da despacho el día cuando normalmente no lo hacía, trastocándole los lapsos a todos los litigantes.

Igualmente, si en el calendario del Tribunal aparece marcado con el signo de la inactividad judicial un día determinado, no puede el Tribunal dar despacho en dicha ocasión, sorprendiendo a los que se han guiado por tal calendario, ya que el cómputo de los lapsos, al resultar errado, perjudicaría a las partes en los procesos que cursan ante ese juzgado.

En ambos ejemplos, *la expectativa legítima que crea el uso judicial, incide sobre el ejercicio del derecho de defensa, ya que éste se minimiza o se pierde, cuando la buena fe de los usuarios del sistema judicial queda sorprendida por estas prácticas.*

En consecuencia, si la interpretación pacífica en relación con la perención realizada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha partido de la prevalencia de lo establecido por el Código de Procedimiento Civil, el cambio inesperado de tal doctrina, perjudica a los usuarios del sistema judicial, quienes de buena fe, creían que la inactividad del Tribunal por más de un año después de vista la causa, no produciría la perención de la instancia. (*Énfasis añadido*)

En relación con el asunto resuelto por la sentencia citada, sin embargo, cabe destacar que la Sala Constitucional, lejos de respetar el cambio de criterio establecido por la sentencia accionada en este caso, y establecer un período transicional para su futura aplicación, como parecía que concluiría en atención a su línea argumentativa, ratificó el criterio interpretativo relativo a la perención que se pretendía cambiar, sin ahondar en fundamentos al respecto, señalando:

[...]considera la Sala que la perención de la instancia, al menos en los procesos de naturaleza civil, o de los que se guíen por el Código de Procedimiento Civil, sólo funciona cuando existe inactividad de las partes, y no cuando después de vista la causa surge inactividad del juez, cuando no sentencie en los términos señalados en las leyes para ello, con lo que se paraliza la causa.

Otro precedente al que cabe referirse en lo que se refiere a la vinculación del principio de la confianza legítima y la administración de justicia, es el contenido en la conocida sentencia pronunciada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 8 de agosto de 2002, en el caso *Microsoft contra Cedel Mercado de Capitales, C.A.* En este caso, la Sala Constitucional, al conocer de una solicitud de revisión de un fallo emanado de la Sala de Casación Civil, en relación con la vinculación de los criterios anteriormente establecidos, sentenció:

[...]el haber aplicado a la solución del recurso de casación planteado una interpretación del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, *distinta de la sostenida hasta ese entonces por la doctrina de casación, no constituye una infracción a la llamada garantía de la confianza legítima, ya que los litigantes no pueden esperar de las normas individualizadas, es decir, de las sentencias, la previsibilidad segura de las normas generales, dado que la labor hermenéutica siempre deja abierta a la elección del juez varias posibilidades de interpretación de la norma jurídica, las cuales tienden a la solución más razonable de la controversia planteada.* Ahora bien, el derecho positivo es vigente cuando hay seguridad en que sus prescripciones sean ejecutadas por medio de un procedimiento jurídicamente válido. Esta seguridad de aplicación está ligada al sentido que el juez atribuye a la norma aplicable al caso, lo que implica una relativa inseguridad respecto a las posibles interpretaciones que sirvan para decidir el asunto controvertido. Así pues, *la certeza del derecho depende, tanto de lo que ordenamiento jurídico prescribe de lege lata como del razonable sentido que el juez atribuya a la norma interpretada. La confianza legítima, como elemento subjetivo de la seguridad por tanto, ser un valor absoluto, y los órganos jurisdiccionales no deben limitar su tarea decisoria por los intereses de quienes esperan la aplicación de la jurisprudencia consagrada sino por la teleología a la que tiende el sistema jurídico vigente.* Por otra parte, *la garantía de la confianza legítima, como parte del derecho a la seguridad jurídica, no asegura el acierto de las resoluciones judiciales, ni en la valoración de los hechos ni en la interpretación y aplicación del derecho.* Por ello, aunque la interpretación dada por la Sala de Casación Civil al artículo 397 del Código de Procedimiento Civil pueda ser jurídicamente errónea o constituir un cambio en la doctrina de la casación, tales circunstancias no son, a juicio de la Sala, susceptibles de tutela constitucional por no tratarse de decisiones manifiestamente infundadas, arbitrarias o contrarias a los derechos y garantías consagrados en la Constitución. (*Énfasis añadido*)

Finalmente, en relación con este ámbito de actuación de los órganos que ejercen Poder Público, cabe hacer referencia a una decisión más (de 19 de marzo de 2004), pronunciada también por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer de una solicitud de revisión de una sentencia emanada de la Sala de Casación Civil por la cual se declaró con lugar el recurso de casación anunciado y formalizado por C.A. Elec-

tricidad de Caracas pero no se emitió pronunciamiento en relación a la indexación, por estimarse que tenía que haber sido solicitada por el actor en el libelo de la demanda, siendo que fue alegada en los informes.

La Sala Constitucional, al declarar la nulidad del fallo objeto de revisión, y citando la doctrina que estableciera en el ya referido fallo de 1° de junio de 2001, estableció:

[...]la Sala le dio valor al principio de expectativa plausible, el cual sienta sus bases sobre la confianza que tienen los particulares en que los órganos jurisdiccionales actúen de la misma manera como lo ha venido haciendo, frente a circunstancias similares.

Así, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico, con excepción de la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala jurisprudencia no es fuente directa del Derecho. Sin embargo, la “motivación de los fallos proferidos por las Salas de Casación que trasciendan los límites particulares del caso *sub iudice*, para ser generalizada mediante su aplicación uniforme y constante a casos similares, tiene una importancia relevante para las partes en litigio dada la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que ejercen las Salas de Casación de este Alto Tribunal, cuando desacaten o difieran de su doctrina, la cual, de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, deben procurar acoger para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Por ello, la doctrina de casación, sin ser fuente formal del Derecho, en virtud de que sienta principios susceptibles de generalización, cuya desaplicación puede acarrear que la decisión proferida en contrario sea casada, se constituye en factor fundamental para resolver la *litis* y, en los casos en que dicha doctrina establezca algún tipo de regulación del proceso judicial, sus efectos se asimilan a los producidos por verdaderas normas generales.

De tal forma, que *en la actividad jurisdiccional el principio de expectativa plausible, en cuanto a la aplicación de los precedentes en la conformación de reglas del proceso, obliga a la interdicción de la aplicación retroactiva de los virajes de la jurisprudencia. En tal sentido, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado, sino a las situaciones que se originen tras su establecimiento con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos.* No se trata de que los criterios jurisprudenciales previamente adoptados no sean revisados, ya que tal posibilidad constituye una exigencia ineludible de la propia función jurisdiccional, por cuanto ello forma parte de la libertad hermenéutica propia de la actividad de juzgamiento, sino que esa revisión no sea aplicada de manera indiscriminada, ni con efectos retroactivos, vale decir, que los requerimientos que nazcan del nuevo criterio, sean exigidos para los casos futuros y que se respeten, en consecuencia, las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente. “Conforme a lo expuesto, esta Sala ha reiterado en múltiples fallos (*Vid.* sentencia N° 3702/2003 del 19 de diciembre, caso *Salvador de Jesús González Hernández*, entre otras), que la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho. *Por tal razón, en los casos en que esta Sala ha modificado un criterio jurisprudencial, que entiende ha permanecido en el tiempo expresamente señala que dicho cambio surtirá efectos a partir de la publicación del fallo que lo contiene (Vid.* sentencia N° 438/2001 del 4 de abril, caso *C.V.G. Siderúrgica del Orinoco (SIDOR) C.A. (Énfasis es añadido).*

A pesar de la doctrina sentada en el fallo parcialmente transcrito *supra*, no puede dejar de señalarse que al menos en un precedente jurisprudencial que se conoce, un cambio de interpretación habría sido aplicado inmediatamente, dando origen al pronunciamiento de un Voto Salvado en el que se invocó como justificación, la vulneración del principio de la protección la confianza legítima, el cual, en criterio del Magistrado disidente había sido resquebrajado por el proceder de la mayoría sentenciadora.

Se trata de una sentencia pronunciada el 16 de septiembre de 2004 por la Sala Constitucional en la cual se desestimó una solicitud de amparo constitucional contra una decisión judicial porque la supuesta agraviada no habría consignado ningún tipo de copia de las actuaciones ni de la sentencia accionada. Para el Magistrado Pedro Rondón Haaz la no aplicación de la doctrina reiterada de esa Sala al respecto, conforme a la cual, habría debido ordenársele al querellante producir las copias certificadas necesarias o, si a este último no le fuera posible su obtención, recabarlas del propio Juzgado agravante, se configuró en una lesión del principio de la confianza legítima del accionante:

[...] juzga quien aquí disiente, que en el caso *sub examine*, debió aplicarse dicho criterio y no dársele un tratamiento distinto al que se le ha dado a otros justiciables, con lo cual, *se le vulneró al quejoso sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva e igualdad, así como los principios de seguridad jurídica y expectativa plausible o confianza legítima.* (Énfasis añadido)

3. La confianza legítima y la adopción de normas

Por último, corresponde realizar una referencia a algunos ejemplos que se encuentran en nuestra jurisprudencia en relación con la aplicabilidad del principio de protección de la confianza legítima en el ámbito de la adopción de normas. En relación con este aspecto, el principio de la protección de la confianza legítima exigirá que las innovaciones y modificaciones normativas que se traducen en limitaciones a derechos constitucionales no sean impuestas de manera súbita e inesperada, sin que medie un período de transición hacia el marco normativo que se pretenda introducir, a fin de lograr un balance entre la intervención estatal que se produce y el ejercicio efectivo del derecho constitucional, y preservar la expectativa que legítimamente tienen los particulares de que las condiciones existentes se mantengan relativamente estables.

En tal sentido, cabe referir el Voto Salvado pronunciado por el Magistrado Hadel Mostafá Paolini con ocasión de la sentencia adoptada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el 21 de abril de 2004 (caso *Multinacional de Seguros*), en la cual se declaró sin lugar un recurso contencioso administrativo de anulación interpuesto por la empresa de seguros contra una providencia administrativa por la cual se le sancionó con multa y amonestación pública.

En dicho Voto Salvado, apartándose del criterio establecido por la mayoría sentenciadora, el Magistrado disidente puso de relieve que:

[...] la confianza legítima del recurrente fue vulnerada por el acto recurrido, en los términos expresados en la sentencia transcrita, pues, se insiste, la expectativas sólo podían consistir en esperar que la apertura de un procedimiento de inspección generara [...] *sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos*". La Sala estaba obligada a proteger la buena fe del recurrente pues [...] *la buena fe, aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento, informan la labor interpretativa y constituyen instrumento decisivo de integración de la labor hermenéutica en el Derecho.*

Así mismo, en relación con una providencia administrativa por la cual se *revocó* una autorización para el cobro por gastos de emisión y renovación de pólizas, la cual sirvió de fundamento para la adopción del acto sancionatorio impugnado, expuso que en su criterio la misma:

[...] sí vulneró el principio de buena fe o de confianza legítima, en lo tocante a la ausencia de previsiones relativas a su aplicación a todas aquellas empresas aseguradoras que contaban con autorizaciones que fueron “derogadas” (en el inapropiado lenguaje empleado por la misma), como uno de los principios generales que deben ordenar la actividad administrativa. Estos *cambios regulatorios repentinos, que se dictan sin tomar en cuenta el impacto o repercusión que pueden tener en la esfera jurídica de los administrados, son claramente contrarios a la seguridad jurídica que debe celosamente observar la actividad administrativa*. Así reconocen las más modernas tendencias del derecho administrativo nacional y comparado. “En este sentido, *si bien es cierto que consideraciones relativas al impacto que una modificación en las normas puede tener en la esfera de los administrados no pueden paralizar la actividad regulatoria de la Administración, y mucho menos impedir que esa actividad modifique sustancialmente el régimen de un determinado sector bajo la supervigilancia de un organismo especializado, no es menos cierto que la potestad normativa de todo ente público posee ciertos límites, entre los cuales está la protección de la confianza legítima de los particulares sometidos al control de esos órganos, confianza que se ve defraudada con regulaciones intempestivas que modifican sustancialmente el régimen aplicable a cierta actividad* y, como en el presente caso, deciden “derogar” (*rectius* suspender) autorizaciones de las que han gozado legítimamente ciertos particulares. “Las normas de la providencia 807 carecen de disposiciones transitorias que podrían eventualmente haber salvaguardado los intereses legítimos de las empresas que contaban con autorizaciones previas, que se vieron privadas de derechos que habían sido otorgados por la Administración misma, sin que mediara ninguna clase de procedimiento administrativo (*Énfasis añadido*).

En segundo lugar, cabe también referir nuevamente el fallo pronunciado el 30 de junio de 2004 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En dicha decisión, al declarar sin lugar la demanda de nulidad intentada contra el artículo 199 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta que se publicó el 28 de diciembre de 2001 (*Gaceta Oficial* N° 5.566 Extraordinario), la Sala estableció lo siguiente:

[...] *toda medida que afecte las cargas tributarias de los contribuyentes debe ser predecible*. Esto es, que ninguna medida que transforme; el marco jurídico tributario en detrimento de los contribuyentes puede ser imprevista, pues, de ser así, se impediría a los contribuyentes la planificación del correcto cumplimiento de sus obligaciones tributarias sin desequilibrio de su desempeño económico. En consecuencia, toda medida inesperada, aunque contara formalmente con cobertura legal, haría excesiva e, incluso, desproporcionada la carga pública tributaria.

Ahora bien, la estabilidad y la certeza que garantiza la predecibilidad de las normas tributarias no pueden implicar la petrificación del ordenamiento jurídico tributario, el cual, impregnado como está de la mutabilidad de los cambios económicos, requiere de constantes modificaciones. De allí, precisamente, que tanto la Constitución derogada como la vigente prediquen la necesidad de *transitoriedad* de la ley tributaria, y garanticen también que, en caso de que el legislador omita el establecimiento de esa transición, aquella sólo regirá sesenta días continuos luego de su publicación. ...*Omissis*...

[...]la transitoriedad lo que preceptúa es que la nueva regulación tributaria no se aplique a ciertos supuestos de hecho -con independencia de que la ley haya entrado ya en vigencia- hasta un momento posterior[...]

En el caso concreto de las leyes que gravan actividades que se discriminan o determinan en períodos fiscales, como es el caso del impuesto sobre la renta, lo que se exige no es una *vacatio legis*, sino que la nueva legislación, aun cuando entre en vigencia, *no rija el período fiscal en curso*, sino *los que han de comenzar durante la vigencia* de esa normativa, de manera que se respete el principio de certeza y de confianza legítima en materia tributaria. En otros términos, lo importante es que aquellos tributos que gravan actividades económicas que se realizan en períodos fiscales concretos, no se apliquen a los períodos fiscales que ya estén en curso, sino que rijan, al menos, a partir del período que se inicie luego de su entrada en vigencia. (*Énfasis añadido*).

Lo paradójico de este precedente jurisprudencial es que, a pesar de que la Sala Constitucional reconoció la necesidad de garantizar la transitoriedad de los ordenamientos tributarios, negó el recurso interpuesto por estimar que la Ley impugnada había respetado este criterio, pues las cargas impositivas impuestas mediante ese instrumento regulador, no tenían aplicación respecto de los ejercicios fiscales que estaban en curso para el momento de su publicación, siendo aplicable únicamente para los ejercicios fiscales que *iniciaren* durante su vigencia. Olvidó la Sala con una simplicidad pasmosa, que la Ley objeto de impugnación fue publicada un 28 de diciembre con lo cual el período transicional quedó reducido a 2 (dos) días, pues los ejercicios económicos tributables para las personas naturales, y en la práctica, para la mayoría de las personas jurídicas, se iniciarían al 1° de enero de cada año, guardando coincidencia con el calendario anual.

II. CONCLUSIONES

Como se pone en evidencia de los precedentes jurisprudenciales citados, en todos los ámbitos de actuación de los poderes públicos el principio de protección de la confianza legítima propende al reconocimiento y garantía de una estabilidad relativa respecto de las condiciones existentes en un determinado momento.

Sin embargo, siendo de reciente elaboración, habremos de presenciar y protagonizar la evolución jurisprudencial que habrá de tener su aplicación, con lo cual, como ha dicho la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, se perfilarán los caracteres propios del mismo en el derecho venezolano.

Cedo a la tentación de recordar aquél mensaje que en la madrugada del 12 de abril de 2002 dirigiera públicamente quien entonces se desempeñaba como Inspector General de la Fuerza Armada y Jefe del Alto Mando Militar, a propósito de este principio y de las consecuencias derivadas de la información suministrada por ese funcionario, quien en esa ocasión manifestó públicamente que: "...se le solicitó al señor Presidente de la República la renuncia de su cargo, la cual aceptó."

§36. NOTAS SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Gustavo Linares Benzo

Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Sub-Director Revista de Derecho Público 2000-2002

El presente trabajo¹ pretende esbozar algunas líneas básicas del régimen venezolano de los actos administrativos. Siguiendo a García De Enterría, se estudiarán el concepto, los sujetos y los elementos del acto administrativo, la disciplina de su eficacia y el régimen de su validez. Sabedores de que no se trata del elemento nuclear del Derecho Administrativo, el acto administrativo sigue siendo sin embargo el vehículo ordinario de la voluntad administrativa y la materia propia del contencioso, mientras éste no termine de subjetividad como es su tendencia moderna.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista procesal, el acto administrativo semeja mucho a una demanda, sólo que en virtud de la capacidad de la Administración de pasar a los hechos sin control judicial, tal demanda puede imponerse aún coactivamente contra su destinatario, como si se tratara de una sentencia ejecutoriable. De hecho, entender el acto administrativo como una demanda explicará que en el proceso contencioso administrativo de nulidad no haya oportunidad para la contestación de la demanda, pues esa contestación vendría siendo precisamente el recurso intentado por los destinatarios del acto.

Esta posibilidad de entender el acto administrativo como una demanda, inmediatamente ejecutable por la Administración sin recurrir a un juez, contra los particulares, en consecuencia también de la posición privilegiada que tiene frente a los tribunales y a la justicia, pues como ya se ha dicho hasta la saciedad, puede ejecutar por sí misma sus actos aún contra la voluntad ajena, cosa que ningún otro sujeto del ordenamiento puede hacer.

Es cierto que el acto administrativo se ha equiparado también a una sentencia, de hecho toda la dogmática sobre su estructura y requisitos se ha construido sobre los fallos judiciales, exigiéndole elementos semejantes a los de esas decisiones, como motivación, congruencia, sustanciación, etc. Así, el recurso de nulidad sería una suerte de apelación, un recurso también en el sentido procesal del término, que se intenta contra un acto previo; en todo caso, una impugnación. Sin embargo, esta tesis es menos acorde con una

¹ El presente trabajo es la segunda versión del núcleo del trabajo de ascenso a la categoría de profesor Asociado que presentaré en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Su primera versión se publicó en *Estudios de Derecho Público*, Tomo II, UCAB, Caracas, 2004, pp. 42-455 y la parte referente a las Empresas del Estado y los actos administrativos en mi colaboración en *Centenario del Código de Comercio venezolano de 1904*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2004, pp. 181-192.

concepción subjetiva del contencioso, pues le daría al acto administrativo un valor que no posee. En efecto, las sentencias son tales por emanar de un juez, órgano imparcial de la justicia y cuyo procedimiento de actuación garantiza los derechos procesales de las partes. En cambio, los actos administrativos provienen de un sujeto con intereses propios, la Administración, es decir, de un sujeto no imparcial, con lo cual comparar los actos administrativos a una sentencia inclinaría a dotar de un valor mayor a actos que carecen de las gestiones jurídicas propias de la sentencia.

Sobre el carácter parcializado de la Administración, puede decirse que deriva de su misma condición *política*, pues sus jueces son electos popularmente y por ello responden a concepciones del interés público variables y posiblemente todos válidos dentro del ordenamiento constitucional. Podría decirse que el interés público que gestiona la Administración depende del proyecto político triunfador en las elecciones correspondientes, lo que hace evidente e inmediatamente parcializado a ese gestor. De allí que sea imposible entender a los actos administrativos como sentencias, como si provinieran de un juez. De hecho, la Constitución, que postula una larga serie de valores y características de la Administración (honestidad, participación, celeridad, eficacia, etc.: artículo 141 de la Constitución) no incluye entre ellos la imparcialidad. Sólo la Ley Orgánica de la Administración Pública establece ese principio, de una manera claramente inconstitucional pues así se exige a la Administración que renuncie a su condición política, que tiene directamente de su origen electoral.

II. EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

Dos concepciones gravitan en torno a la idea de acto administrativo que ha llegado hasta nosotros. La primera, de origen francés, parte del dogma de que la Administración no podía ser juzgada -juzgar a la administración es administrar- y como sucedáneo, entonces, se enjuician sus actos a través de una jurisdicción, la contencioso administrativa, que es sobre todo revisora y que actúa en consecuencia a posteriori. Esa corriente francesa se complementa con las nociones de Duguit, que pretendió construir actos propios de cada uno de los poderes del Estado, viniendo a ser el acto administrativo el producto particular del Ejecutivo (Brewer).

Esta corriente hoy en día no es de recibo. En primer lugar, la progresiva subjetivización del contencioso administrativo ha aumentado los poderes del juez y ya no es posible decir que juzgar a la Administración sea administrar, sino que se trata de su sujeción a verdaderos tribunales y de una construcción del procedimiento mucho más semejante al de Derecho común: un torneo de patrimonios antes que un juicio al acto.

Por su parte, desde Alemania (Mayer) se veía el acto administrativo como paralelo de la sentencia judicial, dotado por tanto de ejecutividad y ejecutoriedad, reservando por tanto esa categorización a los actos que podían llevarse a la práctica sin homologación judicial. Esta tesis restringe indebidamente el catálogo de los actos administrativos, pues es un hecho que muchos de éstos no requieren de ejecución. Sin embargo, esta concepción parajudicial del acto administrativo ha tenido una importancia difícil de exagerar, pues no cabe duda de que la concepción doctrinaria de los elementos y de la funcionalidad de los actos simplemente ha recibido y modelado la teoría de la sentencia para explicar los actos administrativos, como se verá a lo largo de este trabajo.

Sobre todo, otra aspiración doctrinal ha sido muy influyente en la idea del acto administrativo que ha llegado hasta nosotros: la pretensión de hacer de esos actos el núcleo del Derecho Administrativo, una suerte de institución germinal y generativa de toda la estructura de nuestro Derecho. Esa pretensión es a todas luces exagerada, pues el acto administrativo es una institución más del Derecho Administrativo, y no la única. Se aprecia aquí la juventud de ese Derecho que, como todo Derecho primitivo hace de una categoría de actos el objeto de su arte (acto de comercio, obligación jurídica, etc.) antes de evolucionar hacia estadios donde el centro de la disciplina es la personalidad de sus sujetos, como ha venido pasando con el propio Derecho Administrativo desde las premonitorias palabras de Hauriou a principios del siglo XX.

Siendo el acto administrativo todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo, se distingue entonces de la actividad material de la Administración, de su sistema contractual, de los actos de los administrados y de aquellos actos de la Administración sometidos a otros Derechos (Laboral, Mercantil, etc.). Establecida esa frontera del concepto de acto administrativo, podemos tratar de definirlo.

“Acto administrativo es toda declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa”, nos dice García de Enterría.

Esta definición podemos descomponerla en algunas notas. En primer lugar, el acto administrativo es cualquier declaración de la Administración y no sólo aquellas de voluntad que alteren una situación jurídica. Luego, debe emanar de una Administración Pública y no de los particulares, cosa que se verá detenidamente más adelante al hablar de la categoría de los “actos de autoridad”. Proviene, en tercer lugar, de una potestad administrativa, concepto técnico que asegura el respeto al principio de legalidad y que también se verá al hablar de potestades regladas y potestades discrecionales.

III. CONTENIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Casi todas las definiciones de acto administrativo incluyen la necesidad de que éste cause efectos jurídicos. Obviamente si no los causara no sería objeto del Derecho, pero detrás de esa afirmación subyace la idea de que sólo aquellos actos que puedan imponerse obligatoriamente a los administrados serían tales actos administrativos. Sin embargo, también lo son aquellas meras declaraciones de juicio o deseo. Entre ellos se encuentra el caso de las opiniones, que normalmente responden a una consulta. Así, se intentará construir de seguidas una teoría de la consulta y de la opinión.

Varias leyes venezolanas se refieren a la posibilidad de que la Administración responda consultas de los particulares sin que esa opinión sea vinculante para ellos. Quizás la primera de estas normas es la que actualmente contiene los artículos 230 a 235 del Código Orgánico Tributario (COT).

Artículo 230: Quien tuviere un interés personal y directo podrá consultar a la Administración Tributaria sobre la aplicación de las normas tributarias a una situación de hecho concreta. A ese efecto, el consultante deberá exponer con claridad y precisión todos los elementos constitutivos de la cuestión que motiva la consulta, pudiendo expresar su opinión fundada.

Artículo 231: No se evacuarán las consultas formuladas cuando ocurra alguna de las siguientes causas:

1. Falta de cualidad, interés o representación del consultante.
2. Falta de cancelación de las tasas establecidas por la ley especial.
3. Existencia de recursos pendientes o averiguaciones fiscales abiertas, relacionadas con el asunto objeto de consulta.

Artículo 232: La formulación de la consulta no suspende el transcurso de los plazos, ni exime al consultante del cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Artículo 233: La Administración Tributaria dispondrá de treinta (30) días hábiles para evacuar la consulta.

Artículo 234: No podrá imponerse sanción a los contribuyentes que, en la aplicación de la legislación tributaria, hubieren adoptado el criterio o la interpretación expresada por la Administración Tributaria en consulta evacuada sobre el asunto.

Tampoco podrá imponerse sanción en aquellos casos en que la Administración Tributaria no hubiere contestado la consulta que se le haya formulado en el plazo fijado, y el consultante hubiere aplicado la interpretación acorde con la opinión fundada que haya expresado al formular la consulta.

Artículo 235: No procederá recurso alguno contra las opiniones emitidas por la Administración Tributaria en la interpretación de normas tributarias.

Como puede verse, la opinión de la administración tributaria al responder esta consulta sí produce un efecto concreto sobre el administrado: éste no podrá ser sancionado si actúa conforme al criterio emitido por la administración tributaria o ésta no contesta en tiempo hábil y el contribuyente actúa conforme a su propia opinión expresada en la consulta. Podemos encontrar aquí un primer indicio de que también las meras opiniones de la Administración son actos administrativos, que deben reunir sus requisitos y se rigen por las normas comunes de esos actos.

También llama la atención que el artículo 235 COT impide intentar “recurso alguno” contra las consultas, al parecer entendiendo que éstas no producen verdaderos efectos sobre el administrado. Si se entiende que esta prohibición de intentar recursos se restringe a los recursos *administrativos* y se permiten en cambio los contenciosos administrativos, el artículo sería impecable constitucionalmente. En cambio, una prohibición general de acceder a la justicia administrativa de un determinado tipo de actos sería inconstitucional, pues el artículo 259 de la Constitución no distingue entre ellos a los efectos del acceso a esa jurisdicción. En consecuencia, sería perfectamente posible recurrir ante los tribunales contenciosos competentes de las consultas emitidas por la Administración Tributaria.

A esta conclusión podría objetarse que las consultas, por un lado, no afectan al particular pues no son vinculantes y en consecuencia no inciden en su libertad y, por otro, son expresión simplemente de una mera opinión de la Administración que sería discrecional y que, sobre todo, no vincularía el ejercicio posterior y sí vinculante de sus potestades ordinarias. Sin embargo, también es cierto que normalmente *se trata de las opiniones del ente administrativo encargado precisamente de actuar esas potestades*.

Además, cierta doctrina ha aclarado que lo que la Administración e incluso la propia ley han denominado consultas y opiniones son, en realidad, verdaderos actos de gravamen que, efectivamente, constituyen una amenaza a los derechos e intereses de los particulares.

Es pertinente invocar aquí la posición de Auby y Drago:

La jurisprudencia acepta así la admisibilidad del recurso contra actos calificados como opiniones por su autor. El examen específico muestra que estos actos eran en realidad verdaderas decisiones de las cuales el Juez ha determinado la verdadera calificación correcta”.²

Corresponde a la autoridad judicial calificar la naturaleza de los actos administrativos. Ello, además de ser una función judicial por su propia naturaleza, es más importante cuando lo que está en juego es el acceso a la justicia.

IV. LAS EMPRESAS DEL ESTADO Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Generalidades

La primera cuestión a resolver es la posibilidad de que las empresas del Estado dicten actos administrativos. Asunto fértil, pues exige indagar sobre la naturaleza de esas empresas en vista al concepto del acto administrativo, uno de cuyos núcleos es que se producen por el ejercicio de potestades públicas y que por tanto la mejor doctrina considera que sólo pueden emanar de verdaderas Administraciones Públicas y no de otros sujetos. Queda aparte a los efectos de este trabajo el problema de los llamados “actos de autoridad”, aquellos actos administrativos dictados por particulares, cuya mera existencia es problemática; se trata de un tema ajeno a mi presente intención, pues no hay duda de que las Empresas del Estado no son particulares.

En consecuencia, la naturaleza de las empresas del Estado es eminentemente *pública*. Es evidente su carácter instrumental, ahora legalmente consagrado por la excelente Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP) que por primera vez dedica varios artículos a las empresas del Estado. Básicamente, las considera una especie de la descentralización funcional (Título IV, de la desconcentración, de la de la descentralización funcional; Cap. II, de la descentralización funcional; Sección segunda, de las empresas del Estado) juntamente con los institutos autónomos y las fundaciones y asociaciones civiles del Estado. Este carácter de entidades descentralizadas funcionalmente les otorga sin duda carácter público, requisito necesario para dejar en claro su *instrumentalidad*, carácter esencial que elimina cualquier camuflaje que les confunda con empresas en mano privada e impida por tanto el debido control de lo que de otro modo sería el ejercicio nudo de potestades públicas.

En efecto, las empresas del Estado nacen por la necesidad del Estado interventor de agilizar sus actuaciones sobre la sociedad, limitadas y ralentizadas *ex professo* en aras de la libertad privada. De allí que el peligro fundamental que envuelve la figura de las empresas del Estado es el ejercicio disfrazado de verdaderas potestades públicas por entes que sólo instrumentalmente tienen forma privada de personificación, pero pueden ser vehículo del poder del Estado. Una de las tareas básicas del Derecho Administrativo en este campo es, pues, evidenciar la actividad de las empresas del Estado para que sea patente cuándo ejercen potestades públicas, para que éstas sean debidamente equilibradas con la libertad privada.

¿Pueden, por lo tanto, ejercer esas potestades? Responder esta pregunta es también hacerlo con la de si pueden dictar actos administrativos. Entra a jugar aquí la otra cara de las empresas del Estado: su carácter mercantil.

2 AUBY J.M. y DRAGO R., *Tratado de Contencioso Administrativo*, 2da edición, Tomo II, pp. 178-179

De ello no hay duda, pues además de su personificación como sociedades mercantiles, se rigen por el ordenamiento mercantil, tal como establecen los artículos 101 y 106 de la LOAP:

Artículo 101. La creación de las empresas del Estado será autorizada respectivamente por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores o gobernadoras, los alcaldes o alcaldesas, según corresponda, mediante decreto o resolución de conformidad con la ley. Adquirirán la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en el registro mercantil correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela o del medio de publicación oficial correspondiente donde aparezca publicado el decreto que autorice su creación.

Artículo 106. Las empresas del Estado se regirán por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la presente Ley. Las empresas del Estado creadas por ley nacional se regirán igualmente por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la ley.

Ciertamente, ese carácter mercantil es un instrumento del Estado para el cumplimiento de fines públicos, pero por ello no puede negársele toda sustantividad. Las empresas del Estado no son institutos autónomos, donde la descentralización funcional incluye la personalidad pública: algo tiene que significar su mercantilidad y sometimiento al Derecho privado.

Significa, en primer lugar, que los particulares tienen la expectativa legítima de que las empresas del Estado actúen sobre todo como sociedades mercantiles. La mercantilidad de un sujeto no sólo es una técnica para agilizar su giro, sino también garantía de los demás ante conductas hostiles: ese es el sentido de las obligaciones del comerciante como la publicidad de sus actos fundamentales y las garantías patrimoniales frente a terceros, la quiebra entre ellas. De allí que los particulares tienen derecho a que las empresas del Estado actúen normalmente como sociedades mercantiles y sólo excepcionalmente ejerzan potestades públicas. El sometimiento de la Administración al Derecho Administrativo no es principalmente una técnica organizativa, sino garantía de la libertad privada; cualquier huida del Derecho Administrativo es sospechosa, debe ser atajada con premura y precisamente el recurso a las empresas del Estado es el expediente mejor para esa huida.

En consecuencia el ordenamiento básicamente aplicable a las empresas del Estado es el mercantil, no sólo en el sentido de facilidad en el tráfico, sino también en el sometimiento al estatuto normal de las personas privadas, es decir, a la imposibilidad de ejecutar la propia voluntad en contra de la de terceros sin intervención judicial. Esa ejecutoriedad es el núcleo de lo público y debe decirse sin ambages que de ella carecen las empresas del Estado. Solo mediante la actuación del órgano judicial pueden estas sociedades mercantiles en mano pública vencer la resistencia ajena.

Por lo tanto, en principio, las empresas del Estado no pueden dictar actos administrativos. Sólo por excepción expresamente prevista en la ley son capaces de ejercer potestades públicas y dictar esos actos, como dice el copiado artículo 106 LOAP: se rigen por la legislación ordinaria “salvo lo establecido en la presente ley”, es decir, no pueden dictar actos administrativos salvo que la propia LOAP lo autorice expresamente. De hecho, la LOAP es particularmente restrictiva en este campo, pues *sólo* ella puede apoderar a las empresas del Estado a dictar actos administrativos; en el caso de las empresas del Estado creadas por ley nacional puede la ley en general atribuirles el ejercicio de potestades públicas.

El juego del artículo 106 LOAP es muy importante. Una empresa del Estado creada por las máximas autoridades de las personas territoriales, únicas que pueden hacerlo a tenor del artículo 101 LOAP, sólo pueden dictar los actos administrativos previstos en la propia LOAP. Las empresas del Estado “creadas por ley nacional” son las únicas que cualquier ley puede atribuirles potestades públicas. Se impone así indagar que actos administrativos les atribuye LOAP a las empresas del Estado en general.

Ninguna norma de LOAP le atribuye potestades públicas a las empresas del Estado. La única previsión al respecto se encuentra en las disposiciones relativas a la descentralización funcional, la delegación intersubjetiva y la encomienda de gestión. Así, el artículo 32 LOAP establece:

Artículo 32. La descentralización funcional o territorial transfiere la titularidad de la competencia y, en consecuencia, transfiere cualquier responsabilidad que se produzca por el ejercicio de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente, en la persona jurídica y en los funcionarios y funcionarias del ente descentralizado.

La desconcentración, funcional o territorial, transfiere únicamente la atribución. La persona jurídica es cuyo nombre actúe el órgano desconcentrado será responsable patrimonialmente por el ejercicio de la atribución o el funcionamiento del servicio público correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios que integren el órgano desconcentrado y se encuentren encargados de la ejecución de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente.

La creación de una empresa del Estado puede por lo tanto contener transferencias de competencias de la Administración matriz a esa empresa. Se abre aquí la estrecha postura inicial de la ley, pues se podrán transferir muchas potestades a las empresas del Estado en sus actos de creación. Sin embargo, estas transferencias tienen importantes limitaciones. La primera de ellas esta contenida en el artículo 35 LOAP:

Artículo 35. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o en leyes especiales, la delegación intersubjetiva e interorgánica no procederá en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de la adopción de disposiciones de carácter normativo.
2. Cuando se trate de la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso.
3. Cuando se trate de competencias o atribuciones ejercidas por delegación.
4. En aquellas materias que así se determinen por norma con rango de ley.

Las delegaciones intersubjetivas y su revocación deberán publicarse en la *Gaceta Oficial* de la Administración Pública correspondiente.

La delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido.

Esta norma es aplicable a la descentralización funcional, pues de lo contrario sería inútil. La Administración haría fraude a la ley al constituir una empresa del Estado con las mismas atribuciones que no podría delegar de acuerdo con esta norma, haciéndola inoperante. De allí que no puedan constituirse empresas del Estado con potestades normativas (N° 1), ni con ninguno de los poderes cuya delegación está prohibida en ese artículo.

La segunda limitación viene dada por la naturaleza mercantil de las empresas del Estado. Su actividad es comercial, por lo que sólo podrían atribuirse a esas empresas el ejercicio excepcional de potestades públicas de sustancia *económica y mercantil*, que no suponga la abdicación de potestades públicas que esencialmente corresponden a la Ad-

ministración. Esa esencialidad corresponderá determinarla al juez, pero parece haber casos claros de potestades públicas que si bien se refieren a materias económicas y mercantiles no pueden atribuirse a empresas del Estado, como sería el caso de fijar el arancel de aduanas.

Otra limitación esencial a la atribución de potestades públicas a empresas del Estado es la propia del Derecho de la competencia. Si la empresa del Estado de que se trate actúa en un régimen de competencia, se violaría la libertad económica si pudiera imponerse a sus rivales ejerciendo potestades sobre el respectivo mercado, como sería por ejemplo el caso de empresas del Estado competidores de particulares que les fuera atribuida la potestad de fijar precios u otras condiciones. También el sector público está sujeto al Derecho de la competencia, como establece el artículo 4° de la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia.

Tampoco podría atribuirse a las empresas del Estado la posibilidad de ejecutar los actos administrativos que dicten excepcionalmente. Ello es claramente una potestad exclusiva de las administraciones públicas: tal como se dijo, la mercantilidad de las empresas del Estado es también una garantía para los particulares, lo que exige su sometimiento a la necesidad de tutela judicial para imponerse a terceros.

En conclusión, sólo excepcionalmente y en su correspondiente acto de creación pueden otorgarse potestades públicas a las empresas del Estado y la consecuente emisión de actos administrativos, con las limitaciones previstas para las delegaciones en el artículo 35 LOAP, sólo en el caso de potestades de carácter económico y mercantil que no corresponden esencialmente a la Administración, no violen el Derecho de la competencia, ni impliquen ejecución administrativa.

En el caso de las delegaciones intersubjetivas (art. 33, 35 y 36 LOAP) se aplican las mismas limitaciones.

En cambio, es imposible atribuir potestades públicas a una empresa del Estado mediante encomiendas de gestión. El artículo 39 LOAP así establece:

Artículo 39. En la Administración Pública Nacional, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, los órganos de adscripción podrán encomendar, total o parcialmente, la realización de actividades de carácter material o técnico de determinadas competencias a sus respectivos entes descentralizados funcionalmente por razones de eficacia o cuando no posean los medios técnicos para su desempeño, de conformidad con las formalidades que determinen la presente Ley y su reglamento.

La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano encomendante dictar cuantos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de la encomienda.

Solo actividades de carácter material o técnico pueden encomendarse a entes descentralizados funcionalmente. Se aplica también aquí que en el caso de las empresas del Estado esa actividad no puede significar la ejecución administrativa, y las demás limitaciones que hemos predicado de las atribuciones a ellas de potestades públicas.

El mismo artículo 106 LOAP establece otra limitación importante a la atribución de potestades públicas a las empresas del Estado: sólo en el caso de empresas creadas por ley *nacional* pueden otras leyes, obviamente nacionales, otorgarles potestades públicas. Así, empresas del Estado no creadas por ley nacional no pueden recibir atribuciones de potestades públicas así sea de leyes nacionales, con lo cual ello sólo es posible en su acto de creación y con las limitaciones ya analizadas.

Así, sólo en el caso de empresas del Estado creadas por ley nacional -como sería el caso de PDVSA en la Ley Orgánica de Hidrocarburos- pueden ser apoderadas de potestades públicas por esa ley de creación y por otras leyes nacionales. Si a esa atribución se aplican las mismas limitaciones que en el caso de las potestades atribuidas por el acto de creación a empresas no creadas por ley es cuestión aparte, pero que debe ser modulada pues en este caso quien atribuye las potestades es el propio legislador y no la Administración. Sin embargo, el núcleo de esas limitaciones tiene que ver con la garantía de la libertad privada frente al ejercicio del Poder Público, con lo cual habría que analizar bajo esa luz la correspondiente atribución y decidir si desmejora la posición de los administrados, lo que la haría inconstitucional.

2. Algunos casos particulares

Un caso particular de potestades administrativas en cabeza de empresas del Estado está previsto en la reciente Ley de Silos, Almacenes y Depósitos Agrícolas. Su Disposición Transitoria Primera establece:

Los entes públicos y privados que se constituyen, a los efectos de esta Ley, o que se encuentren administrando y operando comercialmente Silos, Almacenes y Depósitos Agrícolas, obligatoriamente se someterán a las normas y recomendaciones impartidas por el Ministerio de Agricultura y Tierras, como órganos rector de las políticas de almacenamiento agrícola.

Con independencia de que esta norma debe ser interpretada de modo que sea necesaria una previa determinación de los contratos a que se refiere esta Disposición realizada por la correspondiente autoridad *administrativa*, la propia CASA ha venido interpretando la norma de modo que actúa directamente y más que solicitar la entrega material de los correspondientes silos los toma con auxilio de la fuerza pública.

Se aplica aquí lo dicho anteriormente: los estatutos de CASA no la habilitan expresamente a dictar actos administrativos que den por resueltos contratos administrativos como serían los referidos a la copiada disposición legal. Por lo tanto, no siendo CASA una empresa creada por ley nacional sino constituida por instrucciones del Presidente de la República, ni siquiera la Ley de Silos puede atribuirles potestades administrativas y sólo podría ejercer las permitidas por LOAP, que no es el caso. De allí que la copiada disposición es inconstitucional al violar lo preceptuado en una ley orgánica en la materia de su competencia. Mucho menos podría CASA ejercitar materialmente esta resolución y ocupar con auxilio de la fuerza pública.

Existen varios casos de empresas del Estado creadas por ley nacional que ejemplifican la segunda de las posibilidades enunciadas, es decir, que pueden ser apoderadas de potestades públicas por su ley de creación y cualesquiera otras leyes, además de las que establece la LOAP. Al menos puede hablarse de dos: las empresas del Estado del sector de los hidrocarburos y la empresa del Estado gestora del sistema eléctrico nacional.

Las primeras se encuentran previstas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, cuyos artículos 22 y 27 establecen:

Artículo 22. Las actividades primarias indicadas en el artículo 9, serán realizadas por el Estado, ya directamente por el Ejecutivo Nacional o mediante empresas de su exclusiva propiedad. Igualmente podrá hacerlo mediante empresas donde tenga control de sus decisiones, por mantener una participación mayor de cincuenta por ciento (50%) del capital social, las cuales a los efectos de este Decreto Ley se denominan empresas mixtas. Las empresas que se dediquen a la realización de actividades primarias serán empresas operadoras.

Artículo 27. El Ejecutivo Nacional podrá mediante decreto en Consejo de Ministros, crear empresas de la exclusiva propiedad del Estado para realizar las actividades establecidas en este Decreto Ley y adoptar para ellas las formas jurídicas que considere convenientes, incluida la de sociedad anónima con un solo socio.

Se trata así de empresas nacionales creadas por ley nacional o al menos con su expresa previsión, por lo que se les pueden otorgar potestades públicas mediante cualesquiera leyes además de la de su creación y en consecuencia dictar actos administrativos, con las limitaciones que se han establecido anteriormente. De hecho, la propia Ley Orgánica de Hidrocarburos les permite emplear nada menos que la potestad expropiatoria (art. 38).

De igual manera, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico establece en su artículo 33:

Artículo 33. El Ejecutivo Nacional constituirá una empresa propiedad de la República para llevar a cabo la gestión del Sistema Eléctrico Nacional, bajo la forma o modalidad que considere pertinente, la cual estará supervisada por el Ministerio de Energía y Minas.

La empresa que realice la actividad de gestión del Sistema Eléctrico Nacional, que para los efectos de esta Ley se denominará Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico, ejercerá el control, la supervisión y la coordinación de la operación integrada de los recursos de generación y transmisión del Sistema Eléctrico Nacional, así como la administración del Mercado Mayorista de Electricidad.

La función de gestión del Sistema Eléctrico Nacional será fiscalizada por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica a efecto de establecer su adhesión a esta Ley y a las Normas de Operación del Sistema Eléctrico Nacional.

Parágrafo Único: El Ejecutivo Nacional, oída la opinión de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, podrá ordenar que la actividad de gestión del Sistema Eléctrico Nacional se separe en gestión económica y gestión técnica, de tal forma que ellas sean ejercidas por personas jurídicas distintas. Las normas de funcionamiento y la organización de las nuevas empresas serán establecidas en el Reglamento de esta Ley o en los Estatutos de las nuevas empresas.

De nuevo, una empresa del Estado creada por ley nacional, con lo que puede ser objeto de la asignación de potestades públicas por cualesquiera leyes nacionales, también con las intenciones ya apuntadas. La propia Ley Orgánica del Servicio Eléctrico le atribuye muchas de esas potestades (art. 34).

V. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Elementos objetivos

La estructura del acto administrativo presenta algunos elementos que le dan sustantividad. Son el presupuesto de hecho, el fin, la causa y los motivos. Se trata de un aparato montado para garantizar el cumplimiento de la ley y la efectividad del principio de legalidad en el desenvolvimiento de las potestades de la Administración. Como veremos al hablar de los motivos, el presupuesto de hecho desencadena la actividad administrativa según la ley, que debe dirigirse al fin que la misma ley impone, de manera efectiva (causa), todo lo cual se expresa en los motivos.

A. El presupuesto de hecho

Se trata de una situación material que vienen a ser el supuesto de hecho de la norma atributiva de la potestad que se ejerce. Son hechos, comprobables mediante la experiencia, y que se encuentran previstos como el supuesto de hecho de una norma concreta. Siguiendo la dogmática procesal, la determinación del supuesto de hecho supone un doble ejercicio. En primer lugar, la constatación de los hechos en su facticidad, en el mero suceder, y luego la *calificación* de esos hechos a los efectos de su subsunción en el supuesto de hecho de la norma. Así, el intercambio de voluntades sobre cosa y precio (constatación de hecho) se califica como contrato de venta, y será normalmente ese hecho calificado el que servirá para encuadrarse en el supuesto de hecho de la norma. Nótese que la calificación es ya una operación jurídica, que como tal puede ser controlada por el juez si se trata de una calificación reglada. En ese sentido, la calificación es una cuestión de derecho, patrimonio de juez, salvo que del examen de la potestad de que se trate se deduzca que la operación de calificar los hechos corresponda a una potestad discrecional, como es el caso paradigmático del concepto “interés público”, como veremos en su oportunidad.

El supuesto de hecho puede consistir en una situación material fácilmente objetivable, cuya subsunción en la norma no requiere de mayores esfuerzos técnicos o hermenéuticos. La potestad de nombrar a un funcionario en un cargo determinado exige que esté vacante, lo que es sencillo de determinar.

Sin embargo, también es posible que el supuesto de hecho consista en una expresión abstracta o ambigua, que exija determinadas operaciones para su concreción y claridad. Antes de entender que esa abstracción o ambigüedad otorgan discrecionalidad a la Administración para determinar el hecho, debe examinarse si nos hallamos más bien ante un concepto jurídico indeterminado, caso en el cual no existiría esa discrecionalidad. De hecho, buena parte de las potestades que tradicionalmente se consideraban discretionales sencillamente presentaban un concepto jurídico indeterminado cuya concreción es una operación reglada, controlable por el juez.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es patrimonio del Derecho común, y es perfectamente aplicable a los actos administrativos. Si la ley usa términos abstractos, como justiprecio, urgencia, emergencia, su concreción no habilita a la Administración a decidir libremente si ocurre o no en la realidad. Se trata de conceptos abstractos en la norma, pero que pueden concretarse perfectamente en los hechos de modo que sólo en determinados casos se da o no se da el concepto en la realidad. Existe o no emergencia, y se permite entonces acudir a la adjudicación directa en la contratación necesaria para afrontarla (art. 88, 6 de la Ley de Licitaciones), sin que le quepa a Administración decidirlo a su arbitrio.

Mientras en el caso de un supuesto de hecho fácilmente objetivable la Administración procede sencillamente a su constatación en la realidad, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la abstracción de la norma requiere de diligencias prácticas o interpretativas para determinar su realidad fáctica, pero sólo existe una solución justa, conforme a Derecho, en la concreción de ese concepto jurídico indeterminado. El bien a expropiar tiene un precio, la emergencia existe o no.

Salta a la vista que esa concreción del concepto jurídico indeterminado puede no resolverse en una constatación precisa en la realidad. De hecho, la estructura de estos conceptos presenta en la realidad zonas de certeza negativa, realidades en que es absolutamente cierto que el concepto no se da en práctica, este inmueble no vale menos de un

millón de bolívares ni más de un millón quinientos mil. Esas zonas de certeza negativa dejan un sector de maniobra a la Administración, que el juez debe respetar. De esta manera se temple la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y es mucho más asequible para el manejo de las potestades de la Administración.

Queda por analizar si el concepto “interés público”, “interés general” o sintagmas parecidos constituyen un concepto jurídico indeterminado o, por el contrario, habilitan a la Administración para determinar discrecionalmente cuándo se realiza en la realidad. El tema no es académico, pues ha sido planteado por García De Enterría en términos muy rotundos.

Desde ya debemos decir que el término “interés público”, su similar “interés general” o frases semejantes, construyen a favor de la Administración una potestad discrecional inequívoca, pues ese término apunta a decisiones de sustancia política, que corresponden constitucionalmente al Poder Ejecutivo y no a los tribunales. En efecto, el interés público viene determinado en una democracia por la orientación de la mayoría de la población, y ese juego político se concentra en el binomio Poder Legislativo - Poder Ejecutivo, el primero representante del pueblo y el segundo su fiduciario. Por ello, cuando el legislador otorga potestades a la Administración para ejercerlas de acuerdo con el interés general, la determinación de ese interés corresponde a la Administración dentro de los límites de la ley, si es que ésta impone algunos.

Si el término “interés general” fuera un concepto jurídico indeterminado, el juez podría controlar su determinación, con lo cual se apoderaría de potestades propias de los componentes políticos del Poder Público. El Poder Judicial carece de la información necesaria para determinar ese interés y, sobre todo, no posee la legitimación popular esencial para que esa determinación sea democrática.

Normalmente se entiende que el principio de separación de poderes es principalmente una salvaguarda de la autonomía judicial, y sobre esa base se ha expresado la mayoría de la literatura. Sin embargo, es necesario recordar también que el principio, consagrado en el artículo 136 de la Constitución venezolana, funciona en ambos sentidos. Existen no sólo zonas exclusivas de la competencia de los tribunales, sino también ámbitos donde la Administración posee potestades propias cuyo ejercicio le corresponde sin interferencias. No sólo existe una autonomía judicial, sino también una autonomía administrativa, como corolario de la separación de poderes.

Nótese que la propia Constitución otorga potestades directamente a la Administración. En otras palabras, que existe un ámbito constitucionalmente asignado al Ejecutivo que es corolario de la separación de poderes, y que excede a la mera discrecionalidad administrativa, otorgada por la ley. El ejemplo clásico en Venezuela han sido las potestades financieras de este Poder Público a la hora de elaborar y ejecutar el presupuesto, donde la propia Constitución establece límites tanto al Legislativo como al Judicial.

La separación de poderes en Venezuela, pues, es originalmente, desde la Constitución de 1811, más cercana a la establecida en los Estados Unidos que la que se ha ido hilvanando en Europa desde su tardío constitucionalismo del siglo XIX. El juez no puede sustituir a la Administración en todos los casos, no solo cuando la ley le otorga discrecionalidad a ésta, sino mucho más en el ejercicio de potestades directamente consagradas en la Constitución. Allí la amplitud de los poderes ejercidos es aún mayor que cuando la ley le permite recurrir a su apreciación subjetiva. Así, existe también una verdadera autonomía ejecutiva frente al juez, en los términos de la Constitución, y ello impide que sus actos sean controlados completamente por el Poder Judicial.

Esta autonomía del Ejecutivo también existe, aunque en menor grado, en el ejercicio de potestades discrecionales. Allí es la ley la que permite a la Administración actuar libremente, y ese caballo de Troya dentro del Estado de Derecho puede ser controlado por las técnicas cada vez más en boga entre nosotros y en el Derecho comparado.

La estructuración constitucional del Poder Ejecutivo se articula sobre la base de un órgano -con su cortejo de personas públicas- dotado de todas las prerrogativas y potestades necesarias para administrar y gobernar. Entre ellas, se trata de un aparato que es capaz de reunir toda la *información* necesaria para decidir los asuntos que le estén encomendados. La enorme cantidad de *data* que reposa en los archivos de cualquier Administración moderna es una de las principales garantías de la mayor posibilidad que tiene ésta de tomar la decisión adecuada en cada caso.

No es superfluo anotar aquí que entre los órganos que normalmente se encuadran dentro de una Administración están los entes encargados de la estadística y de la recopilación de esta información, y que la ofrece al resto del aparato administrativo. Esos órganos no están en el Poder Judicial, ni existe ninguna previsión mediante la cual los tribunales accedan regularmente a los datos que produce y procesa la Administración Pública.

La procedimentalización de la Administración, fenómeno normal en las administraciones modernas, es otra garantía de que este compuesto es el más indicado para decidir los asuntos que le competen. Esos procedimientos no sólo aseguran que la información se almacene ordenadamente, sino lo que es más importante, que los particulares interesados en esos procedimientos tendrán acceso tanto a la información producto del órgano público de que se trate como la posibilidad de exponer y probar sus datos. Las leyes de procedimiento administrativo y la jurisprudencia que las interpreta son muy exigentes en estos externos, y salvaguardan la capacidad de la Administración de decidir adecuadamente.

Esta *mejor posición* de la Administración es otra de las razones que exigen que los jueces sean cuidadosos a la hora de tomar decisiones por la Administración. No cuentan los tribunales con la información que sí es del acceso de los entes públicos, y deciden los casos únicamente con la que se encuentra en autos. Esta es una de las razones de las *deferencia* que conoce el derecho administrativo norteamericano, mediante la cual los tribunales dan por buenas las decisiones administrativas, en vista de la más adecuada posición de la Administración en los casos bajo su dominio. (Sent. de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, caso *Chevron* (467 US, 104 S. Ct).

El control judicial de la Administración, por pleno que sea, no puede olvidar tanto la más adecuada visión de los asuntos que tiene ésta, como la realidad de que el interés general en su plenitud sólo es de su dominio, y que le está constitucionalmente encargado.

Por lo tanto, la posición de la Administración dentro del Poder Público es una razón más para que sea ésta la que decida cual es el “interés público”.

B. La finalidad del acto administrativo

El artículo 12 de la LOPA establece:

Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarias para su validez y eficacia.

El artículo copiado parece dirigirse exclusivamente a reglamentar las potestades discrecionales de la Administración. Sin embargo, es obvio que es aplicable a todas las potestades administrativas, inclusive las regladas, por argumento *a fortiori*. Así, todas las potestades administrativas tienen que “mantener la debida proporcionalidad y adecuación (...) con los fines de la norma”. Se construye así el elemento fin de los actos administrativos.

El fin de los actos administrativos es el objetivo a perseguir en el desenvolvimiento de la potestad que se resuelve en el acto administrativo de que se trate. Cada norma tiene una causa final a la que apunta, como la recaudación de tributos a subvenir a las necesidades fiscales y no, por ejemplo, a aterrorizar a los ciudadanos. De allí que el fin de la norma debe ser servido por el acto administrativo en todo caso, sin que quepa apartarse de él aun apuntando a otro fin público.

Un campo muy especial donde puede desarrollarse este elemento, cuya violación produce el vicio de desviación de poder, como se verá, es la exigencia de solvencias fiscales y parafiscales para obtener prestaciones públicas completamente ajenas a esas solvencias. Así, las solvencias de esta especie para la obtención de divisas durante el control de cambio establecido en Venezuela durante 2003 puede considerarse como un típico vicio de desviación del fin del acto administrativo, pues exigir esas solvencias tiene por fin arbitrar recursos para el Tesoro Público, y no entorpecer el desenvolvimiento de la actividad económica.

C. La causa

La causa de los actos administrativos es la efectividad del servicio que el acto presta al fin normativo. En otras palabras, si el acto logra obtener el fin que la norma prescribe.

Caben aquí las disquisiciones sobre la causa y la importación al Derecho Administrativo de las nociones del Derecho Privado. En principio, éstas son plenamente aplicables al campo de los actos administrativos, con la reserva de que se trata de una de las cuestiones más debatidas dentro de la teoría general del Derecho.

Entre otras notas, esa teoría ha diferenciado la causa de los contratos nominados (la compraventa, por ejemplo) de la de los innominados. Aquella vendría dada por la ley, en el caso de la compraventa por el efectivo intercambio de consentimientos sobre cosa y precio, mientras que en los contratos innominados por el servicio al objetivo fijado libremente por las partes. Sin embargo, estas nociones no son trasladables sin matices al Derecho Administrativo, por la sencilla razón de que en el caso de los actos administrativos su finalidad está siempre contenida en la ley, sin que pueda la Administración interponer otros distintos. La causa de los actos administrativos, el servicio del acto a su finalidad, sería entonces siempre nominada.

D. Los motivos

El derecho Privado ignora los motivos subjetivos de las partes para actuar. Protege los pactos e intercambios con abstracción de la motivación concreta de los sujetos, para garantizar el tráfico jurídico.

La situación de la Administración es muy distinta. Su vida es siempre ajustada a Derecho, con lo cual no puede tener motivos distintos a los permitidos por el ordenamiento, pues incluso en el caso de las potestades discrecionales esa discreción viene otorgada por el propio ordenamiento.

Así, los motivos que tiene la Administración para actuar deben ser en todo conforme con el derecho, y de esa manera se concreta todo el esquema propuesto. Los motivos deben expresar la realidad en la práctica del supuesto de hecho normativo y que desencadena el ejercicio de la potestad, revelan el servicio al fin propio de la potestad, cuya efectividad es la causa del acto en que se resuelve ese ejercicio. De allí que el control de los motivos, mediante el examen de la motivación, como se verá, permite calibrar el cumplimiento de todos estos requisitos supuesto de hecho, fin y causa.

2. Elementos formales

A. Procedimiento

Merkl dejó claro que toda actividad estatal debía procesalizarse, y no solo la judicial. Así nace la idea de un procedimiento administrativo, afín al judicial y que es uno de los elementos de producción de los actos administrativos.

El procedimiento administrativo regula la actividad de la Administración para fijar el supuesto de hecho que desencadenará la aplicación de la norma. Permite igualmente la participación de una pluralidad de sujetos administrativos: las distintas Administraciones Públicas involucradas en la emisión del acto. Sobre todo, permite la actividad de las partes, es decir, de los administrados sobre los cuales recaerán los efectos del acto.

El régimen positivo del procedimiento administrativo se encuentra en los artículos 47 y siguientes de la LOPA.

B. La forma

En principio, la forma escrita es la normal de los actos administrativos. Su contenido se encuentra disciplinado en el artículo 18 LOPA.

C. La motivación

Es la exposición de los motivos. De acuerdo con el artículo 9 LOPA:

Los actos administrativos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple trámite o salvo disposición expresa de la Ley. A tal efecto, deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto.

Se trata de razonar sobre la base de la norma el que los hechos fijados se subsumen en el correspondiente supuesto de hecho.

VI. LA EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La posición singular de las Administraciones Públicas, capaces de pasar a los hechos sin control judicial -personas más poderosas, pues- ejerce su fuerza también en la eficacia de los actos administrativos. En efecto, como actos emanados de la Administración y sujetos al Derecho Administrativo, recordemos que no todos los actos de la Administración son actos administrativos, gozan de peculiares características frente a todos los demás actos de los sujetos del ordenamiento jurídico.

En efecto, es ya un tópico decir que los actos administrativos gozan de ejecutividad y ejecutoriedad. Suscintamente, la ejecutividad es el valor de los actos administrativos como *títulos ejecutivos*, en el sentido procesal del término: no requieren de homologación judicial para servir de sustento a su imposición, inclusive forzosa, frente a la voluntad ajena a la de la Administración. La ejecutoriedad es corolario de la ejecutividad: es la posibilidad de imponer en terreno de los hechos el contenido del acto administrativo de que se trate. El juego de ambas notas termina de definir una de las características básicas de los actos administrativos como emanados de una Administración Pública y que posee, por esa circunstancia, una fuerza mayor a la de los demás actos no judiciales de los sujetos del ordenamiento.

La concepción doctrinaria expuesta ha sido expresamente recibida por el ordenamiento positivo. El artículo 78 de la LOPA establece:

Ningún órgano de la administración podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos.

El artículo dice claramente que los actos administrativos “sirven de fundamento” a los actos de ejecución: un título ejecutivo, pues, como lo sería una sentencia judicial. Aunque el artículo pretende en primer lugar evitar las vías de hecho, es decir, pasar a los hechos sin una decisión previa, está diciendo también que basta un acto administrativo para dar base a esa actuación de hecho, “actos materiales” dice la norma. El hecho de que el copiado artículo 78 LOPA hable de actos de ejecución que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares no altera la conclusión para todos los demás actos, pues al hacer esa determinación el artículo se está refiriendo a la ejecución típica de los actos administrativos, aquella que va dirigida contra el patrimonio particular: si ésta requiere de un acto previo, con más razón será necesaria en los demás casos.

El carácter ejecutivo de los actos administrativos ha dado en buena parte de la doctrina a considerar que éstos gozan de una presunción de validez, lo que sería el fundamento de esa ejecutividad. Así, por presumirse válidos y ajustados a derecho, los actos administrativos serían ejecutivos. Una legitimidad presunta sería la razón del carácter ejecutivo de estos actos.

No pareciera necesaria esa presunción. En efecto, decir que los actos administrativos son ejecutivos porque se presumen válidos es una petición de principio: bastaría con afirmar esa ejecutividad para que se pudiera pasar a los hechos. Así, ninguno de los demás títulos ejecutivos que presenta el Derecho común (títulos cautelares, sentencias definitivamente firmes, etc.) se consideran así porque se presuman legítimos. Sencillamente, el ordenamiento, para favorecer el tráfico jurídico, les da ese carácter con independencia de su conformidad al derecho, bien porque esa conformidad es inútil para dotarlos de eficacia ejecutiva; bien porque ya se agotaron todas las vías para determinarla. De esa manera, no hay porque buscar un fundamento de la ejecutividad en una presunta legalidad del acto: ello es inútil.

Y peligroso, puede añadirse. Peligroso porque la posición jurídica de la Administración requiere, por definición, que pueda pasar el terreno de los hechos sin control del juez, pero en modo alguno exige una presunción de legalidad que hubiera que enervar en sede judicial. Esa posición de la Administración sencillamente le otorga fuerza ejecutiva a sus actos, pero la conformidad al Derecho de éstos sólo será dilucidada en el eventual proceso judicial que los envuelva. La provisionalidad de cualquier presunción de legalidad de los actos administrativos es otra razón para rechazarla, pues no sólo es inútil, sino que añade al particular, ya gravado con la necesidad de ser demandante en vista de la ejecutividad de los actos, el gravamen adicional de tener que desvirtuar en juicio dicha presunción. De hecho, no funciona de esa manera el contencioso administrativo, donde de ninguna manera obra la presunción de legalidad, pues el juez puede, inclusive, anular el acto de oficio si se trata de vicios de nulidad absoluta, entre otras cosas porque esa nulidad se deriva de causales de Derecho, y el juez se presume que lo conoce esta vez correctamente.

Otro tema, muy vinculado a la llamada presunción de legalidad de los actos administrativos, es el de los requisitos de un acto para que se presuma válido. De acuerdo con la tesis expuesta, esos requisitos serían en realidad aquellos que permiten hablar de un acto administrativo y no de una vía de hecho. En otros términos, cuándo la conducta de la Administración es lo suficientemente formalizada para considerar que no estamos pura y simplemente frente a una actuación de hecho. Se trata, pues, de un mínimo de condiciones externas del acto administrativo.

Esa apariencia viene dada por tres elementos: la competencia del funcionario, el carácter no delictual del contenido del acto y un mínimo de procedimiento. Como puede verse, esos requisitos salvan al acto de caer en las causales de nulidad absoluta previstas en el artículo 19 de la LOPA, lo que permite predicar de ellas lo que se dice de esas causales. Es decir, que la incompetencia que convierte a un acto administrativo en una vía de hecho es la manifiesta, cosa que se verá más adelante; que se trate de verdaderos delitos en el caso del contenido de la ejecución del acto, o que la falta de procedimientos sea total y absoluta. Fuera de estos casos, el acto es uno administrativo y no una vía de hecho, y se puede pasar a su ejecución por la propia Administración.

1. La ejecución de los actos administrativos

Visto que los actos administrativos son títulos ejecutivos, es obvio predicar de ellos la ejecutoriedad, es decir, su potencial de materializarse en conductas de la Administración inclusive contrarias a la voluntad de terceros. Pasamos así al capítulo decisivo de la ejecución de los actos administrativos, que puede decirse sin exagerar que es el núcleo y la justificación del Derecho Administrativo, pues si esa ejecución estuviera confiada al juez, el Derecho de la Administración sería sensiblemente el mismo de los particulares, como de hecho ha ocurrido históricamente en los países anglosajones.

La LOPA dedica el capítulo V de su Título III a disciplinar la ejecución de los actos administrativos. Sin embargo, ya su artículo 8 comienza a referirse a la materia:

Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán inmediatamente.

Los actos administrativos se ejecutan “*por la administración*” y no por el juez. Este es el punto capital, como se dijo, que se hace necesario un Derecho que equilibre frente al particular este enorme poder, exorbitante en relación con el propio de los demás sujetos del ordenamiento. Esa ejecución administrativa, que no judicial, viene aún más claramente establecida en el artículo 79 LOPA:

La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial.

Sólo si la ley entrega al Poder Judicial, de manera expresa, la ejecución de los actos administrativos, pueden los jueces pasar a ejecutarlos, mientras que la Administración sólo puede pedirles esa ejecución. Este artículo de la LOPA plantea inmediatamente un problema constitucional. ¿Puede la ley otorgar al Poder Judicial la ejecución de un sector importante de los actos administrativos, o incluso la de todos ellos? El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, pues, ¿es de rango constitucional o se trata de una materia dejada al arbitrio del legislador? La pregunta es crucial, pues de su respuesta depende nada menos que la existencia misma del Derecho Administrativo, que dejaría de ser necesario si la Administración tuviera, como cualquier particular, que demandar ante los tribunales y obtener éxito en ello si desea pasar a los hechos contra la voluntad de otro sujeto del ordenamiento.

La Constitución no establece con precisión técnica la ejecutoriedad de los actos administrativos. Sin embargo, en su articulado puede encontrarse suficiente base. Así, el artículo 236, numeral 1, otorga al Presidente de la República la potestad de “hacer cumplir” la Constitución y la ley, declaración inútil si para ello requiriese de autorización judicial. De igual manera, el artículo 259 repite el artículo 206 de la Constitución de 1961, reconociendo a la jurisdicción contencioso administrativa la posibilidad de “anular actos administrativos”, con lo cual se deduce que éstos son ejecutivos, pues de otra manera sería inútil su anulación y, en consecuencia, también son ejecutorios. Por último, el artículo 140 establece que la responsabilidad de la Administración tiene como título el funcionamiento de ésta, lo que apunta inequívocamente a una Administración actuante con poderes superiores para pasar a los hechos aún en contra de la voluntad ajena. En definitiva, la existencia misma de un Poder Ejecutivo (art. 136) requiere como premisa que ese poder pueda actuar de hecho, pues de lo contrario sólo existiría el Poder Judicial y el Poder Legislativo.

Además y siguiendo en esta jurisprudencia extranjera (sent. del Tribunal Constitucional español de 17-02-1984) la consagración constitucional del principio de *eficacia* como uno de los inherentes a la Administración Pública (art. 141 de la Constitución venezolana), da base también a la ejecutoriedad de los actos administrativos.

Queda así resuelto el problema que nos planteamos: el legislador no puede enervar el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos: su ejecución corresponde a la Administración que los dictó. La Constitución respalda, pues, la potestad de la Administración de ejecutar sus actos.

El artículo 80 LOPA establece el procedimiento de ejecución de los actos administrativos:

La ejecución forzosa de actos por la administración se llevará a cabo conforme a las normas siguientes:

1. Cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la administración o por la persona que ésta designe, a costa del obligado

2. Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que ya se le hubiere aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la administración, para que cumpla lo ordenado. Cada multa podrá tener monto de hasta diez mil bolívares (Bs. 10.000,00), salvo que otra ley establezca una mayor, caso en el cual se aplicará ésta.

La norma divide la ejecución de los actos administrativos en dos grandes grupos: aquellos que pueden llevarse a la práctica sin concurso del particular obligado y aquellos otros que requieren de ese concurso. Obviamente la disciplina de uno y otro será radicalmente distinta.

El primer grupo de actos puede ejecutarse de tres maneras: el apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria y la compulsión sobre las personas.

A. Apremio sobre el patrimonio

Se trata de ejecutar los actos administrativos que se resuelven en imponer al particular el pago de una suma dineraria, bien se trate de una sanción o de otro tipo de acto. De vieja data nuestro sistema ha reconducido esta situación al procedimiento de cobro de créditos fiscales previsto en los artículos 653 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Se trata de uno de los juicios ejecutivos previstos en el código adjetivo y consiste básicamente en la intimación al deudor para que pague sobre la base de un título ejecutivo, que en el procedimiento previsto en el CPC es un crédito fiscal. Por analogía, parece ser el procedimiento adecuado para ejecutar los créditos que derivan de actos administrativos que no sean fiscales.

Luego de la intimación a pagar dentro de los tres días siguientes, si no hay posición, se procederá a ejecutar el crédito sin más dilaciones. Si hay oposición, deberá sancionarse para suspender la ejecución.

Debe decirse que el propio CPC (art. 653) remite al COT como norma principal, siendo el CPC supletorio de éste. Sin embargo, el COT (art. 211 a 214) solo prevé un procedimiento administrativo previo al judicial, que habrá que recorrer antes de intentar el cobro mediante el juicio ejecutivo ya mencionado.

B. Ejecución subsidiaria

Se trata, de ejecutar aquellos actos que por no ser personalísimos pueden ejecutarse por persona distinta al obligado. Allí obra con toda su fuerza el numeral primero del copiado artículo 80 LOPA, que ordena en estos casos proceder a la ejecución por la propia Administración que ésta designe, a costa del obligado. Se trata del caso de órdenes de demolición, constitución de servidumbres, etc.

C. Compulsión sobre la persona

Cuando se trate de actos personalísimos de no hacer o soportar, la Administración podrá ejercer la compulsión directa sobre la persona obligada, con el debido respeto de su dignidad. Se trata del caso de desocupaciones, disolución de manifestaciones, etc. No

puede confundirse este supuesto con el previsto en el numeral segundo del artículo 80 LOPA, pues ese es el caso, como se verá, de obligaciones personalísimas en que no procede la compulsión sobre las personas.

D. Multa coercitiva

En caso de obligaciones personalísimas de hacer, que no pueden ejecutarse mediante la compulsión directa sobre las personas, se procederá mediante multas sucesivas y crecientes al obligado. El monto muy reducido de estas multas (Bs. 10.000 cada una) hace poco eficaz este sistema.

2. Las condiciones de eficacia de los actos administrativos

La eficacia de los actos administrativos comienza con su sola emisión.

Así lo establece el artículo 8 de la LOPA:

Los actos administrativos que requieren ser cumplido mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán inmediatamente.

El copiado artículo permite que la Administración prorrogue el momento de inicio de la eficacia del acto mediante la imposición de un plazo. Sin embargo, el principio general, es decir, si no se establece ese plazo, es el de la eficacia inmediata del acto administrativo.

Que el artículo 8 LOPA se refiera a los actos que requieren ejecución no le impide convertirse en el principio general para cualquier acto administrativo: la eficacia de éstos comienza en el mismo momento en que empiezan a existir como tales actos administrativos, es decir, cuando reúnen los requisitos establecidos en el artículo 18 LOPA.

Así, los efectos jurídicos y materiales que deriven de un acto administrativo tienen lugar desde su emisión. Desde ese momento se contarán los plazos que impliquen esa eficacia y tendrán lugar los eventos que ese acto signifique: la investidura del funcionario que de designe, el otorgamiento de ventajas, etc. Sin embargo, debe notarse desde ya que esa eficacia inmediata puede demorarse en virtud de que se requiere notificar o publicar el acto de que se trate, como se verá.

A. La notificación

El artículo 73 de la LOPA establece el régimen general de la notificación de los actos administrativos.

Se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte su derechos, debiendo contener la notificación del texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deberán incorporarse.

El criterio clave para entender el sistema de notificaciones que plantea la LOPA es entender que la notificación es *otro acto*, distinto del que se notifica. Ese acto de notificación debe llenar sus requisitos establecidos en la ley, y es necesario para la eficacia del acto.

En efecto, estamos en presencia de un caso de eficacia demorada del acto administrativo. Aquellos actos administrativos que requieren de notificación comienzan a ser eficaces desde su notificación, y no desde que son emitidos, que es el criterio general como se expuso más arriba.

El régimen de la notificación requiere que se estudien sus requisitos subjetivos (sujeto activo y sujeto pasivo de la notificación), y sus requisitos objetivos, donde se analiza qué actos deben notificarse y los requisitos formales que deben llenar la notificación.

El sujeto activo de la notificación es el mismo órgano que emitió el acto. En principio, pues, la notificación, debe venir suscrita por el mismo funcionario que suscribió el acto administrativo que se notifica.

Surge el problema de los actos administrativos emitidos por órganos colegiados. En ese caso, no es necesario que todos los funcionarios miembros del órgano suscriban la notificación. Bastará que el presidente o máximo jerarca del órgano colegiado que se trate suscriba la respectiva notificación.

El sujeto pasivo, de acuerdo con el artículo 73 de la LOPA, son los “interesados”. Concepto técnico éste que ha sido desarrollado principalmente por la doctrina y la jurisprudencia, partiendo de lo establecido en el artículo 22 de la LOPA:

Se considerarán interesados, a los efectos de esta Ley, a las personas naturales o jurídicas a que se refieren los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

La remisión que hace la LOPA a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia produce una identidad entre el interés para actuar en el procedimiento administrativo y el necesario para presentarse en la jurisdicción contencioso administrativo. En efecto, los referidos artículos 112 y 121 de la LOCSJ establecen:

Artículo 112. Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estadales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las Disposiciones Transitorias de esta Ley.

Artículo 121. La nulidad de los actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate.

El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes la Ley atribuya la facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando este afecte un interés general.

Ha llegado el momento, pues, de estudiar las posiciones jurídicas de los administrados en el procedimiento administrativo.

B. Los interesados

Por lo tanto será necesario establecer los tipos de partes que pueden actuar en el proceso, para luego analizar la legitimación que requieren. Destacaremos las características esenciales de la figura del coadyuvante y los efectos procesales de su intervención. Además será necesario un análisis pormenorizado de la sentencia Rómulo Villavicencio (CSJ-SPA de 26-09-91), que unido al estudio doctrinario de la materia podrá llevarnos a una definición suficientemente clara al respecto. El caso decidido por esa sentencia fue esencialmente éste: el extinto Consejo de la Judicatura inició una averiguación contra un

juez de Primera Instancia en lo Penal y Salvaguarda del Patrimonio Público, denunciado por el abogado Rómulo Villavicencio, quien se consideraba lesionado por la conducta del mencionado juez. Tal averiguación se resolvió con la destitución del referido juez, quien intentó el correspondiente recurso de nulidad. Rómulo Villavicencio se opuso a la admisión del recurso, y el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa declaró inadmisibles las oposiciones. Villavicencio apeló, fue negado el recurso y ocurrió de hecho ante la Sala. La sentencia citada resuelve la cuestión afirmando que Rómulo Villavicencio sí tenía legitimación para intervenir en el proceso, incluso como verdadera parte.

Desde un punto de vista estrictamente procesal existe solo un tipo de parte en el proceso. Sin embargo ello no obsta para que observemos distintas eficacias de las pretensiones formuladas por los sujetos en su manera de actuar en él, y por lo tanto la base para una distinción de las partes en el contencioso-administrativo. Distinción que puede fundamentarse a partir de tres criterios, a saber: que los actos realizados por la parte recaigan en su esfera jurídica o en la de otro, el cual distinguirá la parte directa y la parte indirecta, en la que destacamos como ejemplo de la última los casos de representación y de sustitución; que la pretensión, el cual distinguirá la parte principal de la parte subordinada, y por último, que la pretensión sea mantenida por un solo sujeto o por varios, lo cual origina la clasificación de partes simples y partes múltiples.

A los fines del presente trabajo nos interesa el segundo criterio de clasificación por medio del cual distinguimos la parte principal de la parte accesorias, puesto que dentro de este supuesto ubicaremos la justificación de la actuación del coadyuvante en el contencioso-administrativo. Aunque autores niegan dicha distinción procesal, manteniendo que solo es parte la que goza de plenitud de facultades en el proceso, es mayoritaria la opinión contraria en la doctrina procesal civil. De manera general se entiende que son partes principales tanto la Administración demandada, como las personas a cuyo favor derivaren derechos del acto o disposición a los que se refiere la demanda. Por otro lado, se entiende por parte accesorias aquellas que actúan de manera subordinada respecto a la pretensión de otro sujeto. El ejemplo típico de dicha clasificación lo constituye la figura del coadyuvante.

Ahora bien, desviándonos del análisis de la distinta eficacia con la que una persona en su pretensión se ubica como parte principal o accesorias en un proceso, es decir, de la formulación de una pretensión autónoma o subordinada a otra, habría que analizar la legitimación que se requiere para actuar como coadyuvante en un determinado proceso contencioso-administrativo. Como bien sabemos la legitimación es la aptitud para ser parte en un proceso concreto, que presupone que no toda persona con capacidad procesal puede serlo, únicamente las que se encuentren en una determinada relación con la pretensión. Por lo tanto es un requisito procesal, del que no se encuentra exceptuado el coadyuvante, y que inevitablemente debe cumplir al expresar un interés en una determinada pretensión ante el órgano jurisdiccional.

Para determinar la legitimación exigida para la intervención del coadyuvante en un proceso contencioso-administrativo, habría que responder las preguntas ¿qué relación debe existir entre el coadyuvante y la pretensión autónoma a la que pretende ayudar?, ¿cómo se configura la situación de hecho por la que el coadyuvante pretende estar legitimado para actuar en el proceso? Para responderlas destacaremos la jurisprudencia en lo que se refiere a los sistemas de legitimación, para así definir cual es la circunstancia requerida por el ordenamiento jurídico para que se configure la legitimación necesaria para la intervención del coadyuvante en el proceso contencioso-administrativo. La doc-

trina tradicional de la Sala Político-Administrativa sobre la legitimación activa en los juicios de nulidad de actos de efectos particulares se encuentra resumida en la precisión que hace la sentencia *Rómulo Villavicencio* al respecto. En efecto, como bien resume ese fallo:

Esta Sala ha precisado de la interpretación concordada de los artículos 121 y 111 de la LOCSJ, que la legitimación activa en los medios de impugnación de los actos administrativos de efectos particulares, viene dada por las situaciones jurídicas individuales, determinadas en unos casos por la titularidad de derechos subjetivos y en otros por la de intereses legítimos, según que la relación con la administración sea un vínculo previo ‘interindividual’ (derecho subjetivo), o surja de una concreta actuación administrativa, que afecte una especial situación de hecho de determinado o determinados particulares (interés legítimo)³ (Subrayados de la Sala) (pp. 6 y 7 del Texto original).

Como puede verse, *Rómulo Villavicencio* recoge expresamente la tradición de la Sala en materia de legitimación activa en el recurso de nulidad de actos de efectos particulares, cuando cita expresamente tres sentencias líderes en la materia: *Azulejos Maracay*, *Fuente de Soda Tolón* e *Iván Pulido Mora*.

En efecto, de acuerdo con *Iván Pulido Mora* en el ordenamiento procesal venezolano pueden encontrarse tres sistemas de legitimación pasiva:

(i) El propio de los recursos de inconstitucionalidad de actos de efectos generales (art. 112 LOCSJ) según el cual basta la condición de simple interesado para interponerlo. Por simple interesado debe entenderse “*cualquier persona capaz, venezolano o no, en pleno uso de sus derechos civiles y políticos*” (*idem*). Se trata, en definitiva, de una acción popular.

(ii) el correspondiente al derecho Privado, en el cual es necesario alegar la titularidad de un *derecho subjetivo de índole privada*; y

(iii) el del procedimiento contencioso administrativo de ilegalidad contra actos particulares, en el cual son admitidos a recurrir “de una parte, los titulares de derechos subjetivos administrativos, es decir, quienes derivarían su capacidad procesal de vínculos establecidos previa y espacialmente por la Administración con el particular, en virtud de lo cual resulta justo que el afectado solicite la nulidad del acto ilegal lesivo y hasta la restauración de su derecho mediante dicho acto desconocido, por haberse irrumpido contra esos vínculos previos (contrato, concesión, permiso...); desconocimiento que configura la lesión de ese derecho subjetivo preexistente y de índole administrativa. Pero, además, detentan esa misma capacidad procesal para actuar en juicio los interesados legítimos -concepto diferente en Derecho público del anteriormente expuesto-, es decir, aquellos particulares que sin ser titulares de derechos subjetivos administrativos se encuentren en una especial situación de hecho ante la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, los hace más sensibles que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley”.

En otras palabras, para recurrir el contencioso de nulidad de actos de efectos particulares es necesario alegar un derecho subjetivo o un interés legítimo, entendido este último como “una especial situación de hecho ante la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, los hace más sensibles que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley”.

3 Vid. SPA; sentencia de fechas 03-10-92, caso *Iván Pulido Mora*; de 06-02-84, caso *Fuente de Soda Tolón* y 20-07-65, Caso *Azulejos Maracay*.

Del examen de los sistemas de legitimación que presenta el Derecho venezolano que hace *Iván Pulido Mora*, pueden extraerse entonces *tres categorías de posiciones subjetivas* que dan acceso a determinadas jurisdicciones:

i) *el derecho subjetivo*, ya sea de índole privada o pública, propio del Derecho Privado y del contencioso-administrativo, respectivamente;

ii) *el interés simple*, correspondiente a cualquier persona capaz, venezolana o no, en pleno uso de sus derechos civiles y políticos, que da acceso a los recursos de inconstitucionalidad de actos de efectos generales y

iii) *el interés legítimo* especial situación de hecho frente a la infracción del ordenamiento jurídico por la Administración, que habilita para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para acceder a esta última jurisdicción, pues que es lo que nos interesa, según *Iván Pulido Mora*, es necesario invocar un derecho subjetivo o un interés legítimo, siendo insuficiente el simple interés.

¿Cuál es la innovación de Rómulo Villavicencio? Expresamente, como vimos más arriba, esa decisión comparte la doctrina de *Iván Pulido Mora*, al citarla expresamente; se trata de un *complemento* de la doctrina mantenida por la Sala. En efecto, *Villavicencio*, expidiéndose sobre el problema de la intervención de terceros en el procedimiento de nulidad, considera que es necesario acudir a la regulación de derecho común (el CPC) para resolver lo que a su juicio es una laguna en la Ley de la Corte: de acuerdo con *Rómulo Villavicencio*, las normas de esa ley sólo regulan la intervención *de las partes*, y no la *de terceros*.

Sobre la base de Derecho Procesal común, aplicable de acuerdo con el artículo 88 LOCSJ, el fallo comentado distingue básicamente entre la intervención de terceros que ostentan el carácter de *partes* y la de los *terceros adhesivos simples* (p.5 del texto original). Será parte si alega un derecho propio, de acuerdo con el artículo 381 del CPC, o será tercero adhesivo simple si alega un simple interés (p.6). Por lo tanto, a tenor del propio artículo 381 citado, puede haber terceros intervinientes cuyo carácter en juicio sea el *de verdaderas partes*.

La sentencia continua afirmando rotundamente, sobre la base de *Iván Pulido Mora*, que en el contencioso-administrativo:

[p]arte accionante o recurrente es *el titular de un derecho subjetivo frente a la administración, o de un interés legítimo lesionado por la actividad de éste*. (p. 7) (resaltado nuestro)

Es decir, que tanto la invocación de un derecho subjetivo como la de un interés legítimo *catalogan de parte a quien invoque esa legitimación* en un recurso de nulidad de un acto de efectos particulares. Como en el caso concreto que esa sentencia decidió, el abogado *Rómulo Villavicencio* invocaba derechos propios, era una verdadera *parte*, a pesar de que estaba interviniendo como tercero, en vista de la eficacia directa de la cosa juzgada de la decisión que recaería en ese proceso: esa decisión sería también la de su propia situación jurídica (pp. 10 y 11).

En resumen, quien alega derechos subjetivos o intereses legítimos en un recurso de nulidad de un acto de efectos particulares, con independencia de si actúa como recurrente o como tercero, *es una verdadera parte*, pues sobre su situación jurídica recaerá directamente la eficacia de la cosa juzgada de la decisión definitiva del asunto. Literalmente:

Aquellas personas que pueden hacerse parte, distintas al accionante, en el procedimiento de anulación, por reunir las mismas condiciones exigidas para éste, es decir, de interesado (titular de derechos subjetivos o de intereses legítimos) conforme a los artículos 137 y 121 de la LOCS), *no son terceros*. (p. 13).

Estos terceros, dice la sentencia, son aquellos llamados más precisamente terceros *adhesivos simples*, previstos en el ordinal 3° del artículo 370 del CPC. Al respecto.

[I]a justificación de la intervención del tercero *adhesivo simple*, es la eficacia *refleja*, que puede tener la decisión a dictarse en un proceso pendiente entre otras personas, por la unión o dependencia que presentan sus derechos o intereses con la relación deducida en aquél proceso. No es que la sentencia que se dicte sea ley para el tercero, ya que solo lo es para las partes, (eficacia directa de la cosa juzgada - principales o litis consortes), sino que le interesa por las consecuencias que tiene para una de las partes, pero que pueden manifestarse a cargo de ese tercero (eficacia refleja de la cosa juzgada). Y ello por las interferencias, conexión o dependencia, que se presentan entre la relación jurídica material deducida en el proceso y la relación jurídica de la cual el tercero es titular (p.e., fiadores, accionistas, acreedores, subarrendatarios). Por esta causa es por lo que el tercero adhesivo simple *coadyuva* a la pretensión de una de las partes, por el interés en que ésta venza a la otra, y por ello, coopera o colabora con la parte principal, solicitando, alegando y probando junto a ella o para ella, o hasta supliendo su inactividad, pero no podría, por ejemplo, por esa misma condición *instrumental*, oponerse a los actos procesales del coadyuvado, debiendo, en todo caso, estar y pasar por ellos. (pp. 11 y 12 del texto original).

Con claridad meridiana, *Rómulo Villavicencio* termina diciendo que “fácil es, pues, concluir, en que éste interviniente adhesivo *no es parte sino tercero*” (p. 12).

La novedad del fallo está aquí: *la disciplina de los terceros adhesivos simples en el juicio de nulidad de los actos de efectos particulares. Sin alterar la doctrina tradicional de la legitimación de las partes* (titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos) construye el tratamiento que debe dársele a aquellos otros intervinientes que *no alegan ni derechos subjetivos ni intereses legítimos*, sino un interés indirecto, “derivado de la unión o dependencia que presenten sus derechos o intereses con la relación deducida en el proceso” (p. 11), de acuerdo con lo que ya pacíficamente nuestro CPC y la doctrina procesal civil viene aceptando.

Después de *Rómulo Villavicencio*, pues, el catálogo de posiciones subjetivas aumenta con una nueva categoría. Además de las mencionadas supra: (i) interés simple del recurso de inconstitucionalidad de actos de efectos generales, ii) derechos subjetivos, públicos o privados y (iii) intereses legítimos frente a la Administración, aparece (iv) *el interés del tercero adhesivo simple*, regulado en el ordinal 311 del artículo 370 del CPC y sobre el que abunda la sentencia comentada.

Todo el análisis anterior levanta la cuestión de hasta dónde llega la obligación de notificar, es decir, cual es el universo de sujetos notificables de un acto administrativo determinado. El tema es importante, pues un tratamiento laxo de la materia produciría obstáculos a la actividad administrativa al tener que notificarse a un número inmenso de interesados.

Surge aquí el concepto de afectación *directa* a las posiciones subjetivas de los administrados, es decir, que el rango de los interesados llega nada más a aquéllos sobre los que recaen inmediatamente los efectos del acto a notificar. Así se limita razonablemente el conjunto de las personas notificadas, pues de lo contrario los actos tendrían que ser notificados a un ingente número de personas. Piénsese nada más en actos relativos a derechos particulares, como un registro inmobiliario, que debiera notificarse a todos los afectados, por indirecta que sea su relación con el acto. Así, habría que notificar a los vecinos e inclusive al resto de la colectividad.

Visto lo anterior, es decir, el régimen de las posiciones jurídicas de los administrados de cara a la notificación de los actos administrativos, cabe una distinción ulterior entre el interesado y la persona receptora de la notificación. De acuerdo con el artículo 75 de la LOPA:

La notificación se entregará en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado y se exigirá recibo firmado en el cual se dejará constancia de la fecha en que se realiza el acto y del contenido de la notificación, así como el nombre y Cédula de Identidad de la persona que la reciba.

La norma recoge el principio de la notificación domiciliaria o residencial de los actos administrativos, pero su redacción permite concluir que la persona receptora de la notificación puede ser distinta del interesado a notificar. En otras palabras, la notificación es eficaz con la entrega de la notificación a cualquier persona hábil que se encuentre en el domicilio o residencia del interesado. La ley presume, pues, que el interesado ha sido notificado si la notificación es recibida en su domicilio o residencia aunque no sea él personalmente quien lo haga.

La ley exige que se otorgue recibo firmado de la notificación, con constancia de la fecha del acto, es decir, de la notificación y de su contenido. En este caso no es necesario que se copie íntegramente el acto, sino que se le identifique mediante su fecha y el órgano que lo emitió y se acompañe en copia certificada.

De acuerdo con el artículo 73 LOPA deben notificarse los actos administrativos que afecten los derechos de los interesados. Ya se hizo un análisis de lo que debe entenderse por interesado, así que solo debe analizarse ahora el concepto de afectación de los derechos.

La fórmula es vaga, pero puede concretarse a la vista del acto administrativo de que se trate. Una primera consideración exige que se notifique tanto los actos favorables como los desfavorables, pues es obvio que ambos afectan los derechos de los interesados.

El artículo 73 dice expresamente que la afectación debe incidir en los “derechos” de los interesados. Esa cláusula no debe interpretarse restrictivamente, como si no debieran notificarse actos que afecten intereses que no pueden considerarse derechos. Visto ya que esa distinción no tiene cabida en nuestro Derecho, con más razón deben notificarse cualesquiera actos que afecten la posición subjetiva de los interesados.

La notificación debe contener el texto íntegro del acto que se notifica, sigue diciendo el artículo 73. Algunas administraciones transcriben completamente el acto a notificar dentro del propio acto de notificación, pero ello parece un exceso de celo. Basta acompañar a la notificación el original o copia certificada del acto que se notifica.

De igual manera, el artículo 73 LOPA exige que se señalen los recursos que proceden contra el acto notificado, con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse. El incumplimiento de estos requisitos se sancionan en el artículo 77 LOPA:

Si sobre la base de información errónea, contenida en la notificación, el interesado hubiere intentado algún procedimiento improcedente, el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos que le corresponden para interponer el recurso apropiado.

El administrado que actúe según lo indicado en la notificación respecto a recursos, sus plazos y sus decisiones, no se verá afectado por la información errónea, pues el tiempo empleado en ella no se computará para el trámite del recurso que efectivamente corresponda.

Es obvio que este señalamiento de recursos, plazos y órganos de decisión debe ser específico, sin que sean aceptables fórmulas genéricas como “los recursos correspondientes” o “los recursos previstos en la ley”.

Como acto administrativo distinto al notificado, la notificación debe también llenar los requisitos establecidos en el artículo 18 de la LOPA.

3. Cesación de la eficacia

La cesación de la eficacia de los actos administrativos puede ser provisional o definitiva. En el primer caso estamos en presencia de la suspensión de los actos administrativos.

Frente al principio de eficacia inmediata de los actos administrativos puede obrar la facultad de la Administración de suspender su eficacia. Ello viene previsto en el artículo 87 LOPA:

La interpretación de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario.

El órgano ante el cual se recurra podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido en el caso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentara en la nulidad absoluta del acto. En estos casos, el órgano respectivo deberá exigir la constitución previa de la caución que consideren suficiente. El funcionario será responsable por la insuficiencia de la caución aceptada.

La potestad suspensiva de los actos administrativos es claramente discrecional, como se desprende del uso del verbo “podrá” en el artículo copiado. Tiene dos motivos expresos en la ley: cuando la ejecución del acto administrativo pueda causar grave perjuicio al interesado; cuando se impugne el acto por motivos de nulidad absoluta. Estos supuestos funcionan como requisitos necesarios para la suspensión del acto, no pudiendo la Administración suspender la ejecución de los actos por otros motivos. Sin embargo, como ya se dijo, la potestad de suspender esa ejecución es discrecional.

No es discrecional, en cambio, la necesidad de exigir caución al interesado antes de proceder a la suspensión. Necesariamente deberá constituirse esa garantía como requisito para la procedencia de la suspensión.

La cesación definitiva de la eficacia de los actos administrativos ocurre en varios supuestos. En primer lugar, el cumplimiento de lo previsto en el acto agota su eficacia, si se trata de órdenes en otras decisiones ejecutadas en la práctica. Una demolición ejecutada, por ejemplo.

Igualmente, si desaparecen los supuestos fácticos que dan base al acto de que se trate, también se extinguirá la eficacia del acto. Así, las medidas sanitarias ante una epidemia cesan cuando ésta ha terminado.

Los actos administrativos sujetos a plazos o a condiciones resolutorias dejan de ser eficaces con el cumplimiento del plazo o con el acaecimiento de la condición.

Por último, la anulación y la revocación del acto administrativo hace cesar su eficacia.

VII. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con el artículo 93 LOPA:

La vía contencioso administrativa quedará abierta cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, o no se haya producido decisión en los plazos correspondientes. Los plazos para intentar los recursos contenciosos son los establecidos por las leyes correspondientes.

Esta norma se refleja también en el artículo 134 de la LOCSJ:

Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la Administración, caducarán en el término de seis meses contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado, si fuere procedente y aquella no se efectuare. Sin embargo, aún en el segundo de los casos señalados, la ilegalidad del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales.

El interesado podrá intentar el recurso previsto en el artículo 121 de esta Ley, dentro del término de seis meses establecidos en esta disposición, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo.

Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el recurso de nulidad caducará a los treinta días.

El juego de ambas normas consiste en permitir el acceso a la vía judicial por el simple transcurso de los plazos que esas normas establecen sin que la Administración haya decidido los correspondientes recursos. Es pacífico en la doctrina entender que en este caso se presume que la Administración ha decidido en contra del particular, construyéndose así la teoría del silencio negativo.

El silencio de la Administración es un simple presupuesto procesal para intentar la correspondiente acción contencioso-administrativa, sin que sea necesario construir ninguna presunción de resolución negativa, a pesar de lo que establece el artículo 4 LOPA.

Así, es innecesario considerar que transcurridos los plazos de ley se produce una ficción de respuesta negativa. Por el contrario, ese transcurso lo que representa es un presupuesto procesal, un requisito de la actividad en los términos de GUASP, para que sea admisible la correspondiente acción contencioso-administrativa. De hecho, el artículo 124 2°, LOCSJ, expresamente considera como causal de inadmisibilidad el no agotamiento de la vía administrativa⁴.

VIII. VALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El derecho privado presta su teoría de la invalidez de los actos en general al Derecho Administrativo. De allí que esa invalidez pueda catalogarse en tres categorías: la nulidad y la anulabilidad.

4 TORO, María Elena, El silencio de la administración en *XVIII Jornadas J.N. DOMÍNGUEZ ESCOBAR. Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Tomo II, Barquisimeto 1993, pp. 419 y ss.

La nulidad absoluta se refiere a un vicio intrínseco al acto, a sus elementos constitutivos. De allí que el acto así viciado no produce efectos nunca, desde su inicio. Su carácter general hace oponible el vicio frente a cualquiera, con efectos *erga omnes*. También, el juez puede apreciar de oficio este tipo de vicios, y es inconfirmable el acto que lo posea. Por el contrario, la nulidad relativa solo puede solicitarla el afectado por el acto, dentro de cierto plazo y puede ser convalidada. La inexistencia, por último, se refiere a la falta inclusive de mera apariencia de acto jurídico, por ausencia de elementos fundamentales que no está prevista expresamente en la ley pero que obviamente restan al supuesto de que se trate hasta el aspecto de acto, jubilar a un muerto, una multa impuesta por un particular.

Cuando esta teoría general se aplica en el Derecho Administrativo, se invierte el principio del Derecho Privado de acuerdo con el cual las nulidades son absolutas, por excepción relativa. Ello se deriva de la necesidad de dar campo al tráfico administrativo, que requiere que la nulidad absoluta sea excepcional y para supuestos tasados. De allí que en todo este sector rija el principio del *favor acti*, que produce la incomunicación de la invalidez y la posibilidad de subsanar el acto en cualquier momento, salvo en el caso de las nulidades absolutas. También, los vicios no impiden la ejecución del acto, siempre que sean de nulidad relativas, y se establecen plazos fijados para interponer los correspondientes recursos.

1. Nulidad absoluta

Un acto viciado de nulidad absoluta puede ser revocado en cualquier momento, como establece el artículo 83 LOPA:

La administración podrá en cualquier momento, de oficio, o a solicitud de particulares, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella.

Aunque el artículo use la expresión reconocer, la doctrina y la jurisprudencia son pacíficos en entender que se trata de una verdadera potestad revocatoria de los actos absolutamente nulos, que puede ser declarada incluso de oficio.

Los supuestos de nulidad absoluta están en el artículo 19 de la LOPA:

Los actos de la administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos:

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

Así,

a. La Constitución ofrece dos normas que establecen supuestos de nulidad absoluta: el artículo 138 se refiere al caso de la autoridad usurpada y el artículo 25 a los actos que violen derechos constitucionales.

b. La cosa juzgada favorable a los particulares es uno de los más cotidianos casos de nulidad absoluta, que ocurre cuando se decide en contra de lo previamente resuelto a favor de los administrados.

c. La imposible ejecución se refiere a la inexistencia, tal como expusimos anteriormente. La ilegal ejecución se refiere a los actos que constituyen delito.

d. La incompetencia que vicia el acto de nulidad absoluta es la manifiesta. Así, se refiere a casos de ausencia de la potestad de que se trate o de la existencia de un abismo jerárquico entre la autoridad que dictó el acto y el funcionario realmente competente.

e. Por último, la prescindencia total y absoluta de procedimiento. No solo se trata de la ausencia de todo trámite, caso rarísimo, sino también de la omisión de trámites esenciales, como sería el caso de la audiencia del interesado cuando ésta se requiera.

2. Anulabilidad

La disciplina de la anulabilidad de los actos administrativos responde a criterios completamente otros de los de la nulidad absoluta. Aquí el sistema se construye a favor del agraviado por el acto, de modo de que si éste no reacciona el acto permanece plenamente válido.

De acuerdo con el artículo 20 LOPA:

Los vicios de los actos administrativos que no llegaren a producir la nulidad de conformidad con el artículo anterior; los harán anulados.

La anulabilidad responde entonces a un criterio residual: cualquier vicio que no sea de nulidad absoluta será de ésta especie.

De igual manera, la anulabilidad permite que el acto afectado por ella sea convalidado, como expresa el artículo 81 LOPA:

La administración podrá convalidar en cualquier momento los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.

También el vicio de anulabilidad no se traslada a otros elementos no viciados del mismo acto, es decir, se trata de la incomunicación del vicio, tal como establece el artículo 21 LOPA:

Si en los supuestos del artículo precedente, el vicio afectare sólo a una parte del acto administrativo, el resto del mismo, en lo que sea independiente, tendrá plena validez.

En Venezuela, Urdaneta Troconis ha establecido que entre la nulidad absoluta y la anulabilidad existen nada más dos diferencias. En la vía administrativa, sólo son convalidables los actos administrativos viciados de anulabilidad, no los de nulidad absoluta; igualmente, sólo pueden revocarse en vía administrativa los actos favorables si están viciados de nulidad absoluta. En la vía judicial, la única diferencia estriba en que el juez puede declarar de oficio de nulidad del acto por vicios no denunciados por el recurrente solamente si se trata de vicios de nulidad absoluta

3. Revocación

La administración puede revocar sus propios actos siempre y cuando no afecten derechos de particulares. Así se establece el juego conjunto de los artículos 19,2 y 82 de la LOPA. Igualmente, puede corregir los errores materiales o de cálculo que contengan los actos administrativos, de acuerdo con el artículo 84 LOPA.

§37. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NORMATIVA POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VENEZOLANA*

José Antonio Muci Borjas

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello

I. INTRODUCCIÓN: LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL PROCEDIMIENTO (ADMINISTRATIVO) QUE LA ADMINISTRACIÓN DEBE SEGUIR CUANDO SE PROPONE ADOPTAR NORMAS

La Administración Pública venezolana tradicionalmente *no* había estado sometida a *procedimiento* alguno cuando de lo que se trataba era de expedir *actos normativos*, esto es, actos de efectos generales. Por la *ausencia* de *procedimiento previo*, al dictar normas la Administración Pública *no* ejercía una (verdadera) *función estatal*. No cabía hablar de función, sino de *actividad normativa*¹, porque la actuación -insistimos- no estaba sometida a un procedimiento previo, porque carecía de garantías adjetivas previas.

La situación descrita en el párrafo que antecede, chocante -sin lugar a duda alguna- con los principios que informan la actuación de la Administración Pública², varió en el año 2000 con la aprobación, primero, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuyo artículo 11 establece que para producir o modificar los actos normativos que a ella incumbe expedir, la Administración de las telecomunicaciones debe primero realizar *consultas públicas*³, y, segundo, con la ulterior aprobación de la Resolución N° 143⁴, dictada en ejecución de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en la que, por vía reglamentaria, se estableció el *procedimiento* que ha de seguirse en tales consultas.

* Este trabajo ha sido redactado para celebrar la publicación del N° 100 de la *Revista de Derecho Público*. También, por la naturaleza de las cosas, para rendirle un muy merecido homenaje al Director y motor fundamental de la *Revista*, Profesor Allan Randolph BREWER-CARÍAS, de la mano de quien nos iniciamos, hace ya algún tiempo, en el estudio del Derecho Público.

1 En propósito, GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, Volume Primo, Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. 85. En Venezuela también MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, "La actividad normativa de la Administración Pública", publicado en *Las Formas de la Actividad Administrativa, Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph BREWER-CARÍAS*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 596.

2 Según el artículo 141 de la Constitución venezolana de 1999, la actuación de la Administración Pública se encuentra *condicionada* -entre otros- por los *principios* de (i) *participación ciudadana*, (ii) *transparencia*, (iii) *eficiencia*, (iv) *responsabilidad* y (v) *rendición de cuentas*.

3 *Gaceta Oficial* n° 36.970, de fecha 12 de junio de 2000. En su encabezamiento el Artículo 11 establece textualmente: "La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, antes de producir o modificar los actos normativos que puede dictar de conformidad con esta Ley, realizará consultas públicas previas con los sectores interesados. A tales efectos establecerá mediante resolución los mecanismos que permitan asegurar la oportuna información de los interesados y la posibilidad que aporten sugerencias o recomendaciones, en los términos y condiciones que se determinen, para lo cual procurará el establecimiento de mecanismos abiertos, electrónicos o audiovisuales".

4 *Gaceta Oficial* n° 37.073, del 8 de noviembre de 2000.

Son estos los antecedentes, en el Derecho venezolano, de los artículos 136 y 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁵, que crean un *procedimiento general*, porque es obligatorio para toda la Administración Pública, para la elaboración de actos normativos.

El artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁶ establece que cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de *normas legales*, reglamentarias o de otra jerarquía, deben primero someter el proyecto a *consulta pública*. El artículo 136 dispone textualmente lo siguiente:

Artículo 136. Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado por el artículo anterior. En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, y el cual no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente publicará en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en la internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta.

Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro a que se refiere el artículo anterior.

Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público fijará una fecha para que sus funcionarios o funcionarias, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.

El resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante⁷.

Cuando de la elaboración de normas se trata, el procedimiento contemplado por el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública sirve para asegurar el *de-*

5 *Gaceta Oficial* n° 37.305, de fecha 17 de octubre de 2001. En torno al alcance de los artículos 136 y 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública puede consultarse a CHAVERO GADZIK, RAFAEL, “La participación social en la gestión pública”, publicado en la obra *Ley Orgánica de Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp.123 y ss.

6 La norma forma parte del Título VI de la Ley Orgánica, intitulado “De la participación social en la gestión pública”.

7 En el caso de las *normas reglamentarias*, el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública debe ser administrado con el artículo 88 *eiusdem*, que establece cuanto sigue: “La elaboración de los reglamentos de leyes se ajustará al siguiente procedimiento: 1. La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el ministerio competente según la materia, mediante la elaboración del correspondiente proyecto al que se acompañará un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria. 2. A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar la eficacia y la legalidad del texto. 3. Elaborado el texto se someterá a consulta pública para garantizar el derecho de participación de las personas, de conformidad con lo dispuesto en el Título VI de esta Ley. Durante el proceso de consulta las personas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones que los agrupen o representen, podrán presentar observaciones y propuestas sobre el contenido del reglamento las cuales deberán ser analizadas por el ministerio encargado de la elaboración y coordinación del reglamento. 4. Aprobado el reglamento por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, entrará en vigencia con su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República... salvo que el reglamento disponga otra cosa”.

*recho a la participación*⁸, el derecho a la participación en los asuntos públicos, previsto en el artículo 62 de la Constitución de 1999⁹.

El artículo 136 tiene por objeto regular un procedimiento que es *administrativo* sólo “...en un sentido puramente subjetivo...”, porque se ventila ante la Administración, y porque en realidad sirve de “...cauce legal de una *actividad* que no es propiamente administrativa, sino *normativa* o legislativa en su sentido más amplio”¹⁰. En síntesis, un procedimiento (administrativo) singular, esto es, *esencialmente distinto* a los procedimientos administrativos regulados por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que se encuentra informado por principios particulares.

Ahora bien, de la infracción del *procedimiento normativo* contemplado por el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública se ocupa el artículo 137 *eiusdem*, que sanciona la omisión de dicho trámite con la *nulidad absoluta*. El artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública reza así:

Artículo 137. El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.

En casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda, podrán autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y ésta podrá ratificarla, modificarla o eliminarla.

II. EL ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIO DE 2003 Y LA APROBACIÓN DE NORMAS: LOS ANTECEDENTES DEL PROCESO Y DEL FALLO

Mediante Decreto N° 2.278, de fecha 21 de enero de 2003¹¹, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, habilitó al Ministro de Finanzas para negociar con el Banco Central de Venezuela las medidas, de carácter temporal, que tendrían por objeto

8 Con base en el artículo 50 de la Constitución venezolana de 1961, en sentencia de fecha 19 de enero de 1999 la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ya había dejado sentado que “...la consulta a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional”, en resumen, el *derecho a la participación*, es derecho de rango constitucional (asunto “Fundación para los Derechos Humanos (Fundahumanos)”). El aludido artículo 50 disponía textualmente: “La enunciación de los derechos y las garantías contenidos 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”.

9 El artículo 62 de la Constitución política en vigor reza así: “Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por intermedio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el *protagonismo* que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad *facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica*”.

10 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, p. 1.175.

11 *Gaceta Oficial de la República* N° 37.614, del 21 de enero de 2003.

limitar o restringir la libre convertibilidad de la moneda nacional y la transferencia de fondos hacia el extranjero (artículo 1°). Esos poderes -y las medidas que con base en ellos debían adoptarse- se justificaban, así reza uno de los “considerando” del Decreto, por la necesidad de asegurar la estabilidad de las reservas internacionales.

El Decreto Ejecutivo se fundamentó en la Ley del Banco Central de Venezuela vigente *rationae temporis*¹², que autorizaba al Instituto Emisor para regular, de común acuerdo con el Ejecutivo Nacional, “...la negociación y el comercio de divisas en el país; las transferencias o traslados de fondos, tanto en moneda nacional como en divisas, del país hacia el exterior o desde el exterior hacia el país, así como los convenios internacionales de pago” (artículo 110). Según la Ley, en los acuerdos celebrados por la República y el Banco Central de Venezuela, mejor conocidos como Convenios Cambiarios, pueden establecerse “...limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional...” (artículo 112)¹³.

Al dictar el Decreto N° 2.278 el Presidente de la República de manera virtud o implícita afirmó que la *competencia* era *propia*, que era a él a quien incumbía negociar -y suscribir- los Convenios Cambiarios.

Con base en el Decreto 2.278, el día 5 de febrero de 2003 la República, por órgano del Ministro de Finanzas, y el Banco Central de Venezuela, suscribieron el Convenio Cambiario N° 1¹⁴.

En el Convenio Cambiario N° 1 se reconoce que las limitaciones impuestas a la libre convertibilidad de la moneda nacional obedecían a la necesidad de preservar las reservas internacionales; de contrarrestar los flujos o movimientos de capital que la autoridad consideraba inconvenientes; y, de asegurar la continuidad de los pagos internacionales. Son esas, entre otras, las circunstancias que justificaron que el Banco Central de Venezuela, obrando en su condición de (único) administrador de las reservas internacionales, suscribiera dicho Convenio con la República.

Con base en las circunstancias de hecho reseñadas tanto en el Decreto N° 2.278 como en el Convenio Cambiario N° 1, en el precitado Convenio se dispone, entre muchas otras cosas, que:

1. En lo adelante, “el Banco Central de Venezuela centralizará la compra y venta de divisas en el país...” (artículo 1°);
2. “Todas las divisas de personas naturales o jurídicas que ingresen al país... serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela...” (artículo 34).
3. “El Banco Central de Venezuela sólo venderá divisas cuando existan disponibilidades...” (artículo 18); y,
4. “El Banco Central de Venezuela obtendrá una utilidad de 0,25% por cada dólar de los Estados Unidos que venda...” (artículo 6°).

12 *Gaceta Oficial de la República* N° 37.296, del 3 de octubre de 2001.

13 El régimen de control de cambio comporta una limitación legal a la libertad de cambio, entendida como el derecho que asiste a todo sujeto para convertir la moneda nacional en moneda extranjera, sin limitaciones ni restricciones en cuanto a montos u oportunidad, al tipo de cambio vigente en el mercado (BREWER-CARIAS, Allan Randolph, *Régimen Cambiario*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 26 y 27).

14 *Gaceta Oficial de la República* N° 37.625, del 5 de febrero de 2003, reimpresso luego, por errores materiales, en las *Gacetas Oficiales* N° 37.641, del 27 de febrero de 2003, N° 37.649, del 13 de marzo de 2003, y N° 37.653, del 19 de marzo de 2003.

III. LA IMPUGNACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIO

La nulidad, por razones de inconstitucionalidad, del Decreto N° 2.278 y del Convenio Cambiario N° 1, así como de un conjunto de Providencias posteriores dictadas por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) con base en aquéllos, fue demandada el 18 de febrero de 2003.

En esa demanda, propuesta ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el actor también solicitaba que se declarase la nulidad, por razones de inconstitucionalidad, del artículo 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela¹⁵.

A los efectos de este breve ensayo, de los argumentos de Derecho invocados en la demanda de nulidad interesa destacar sólo uno: La infracción del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁶. Centremos, pues, nuestra atención en la nulidad del control de cambio impuesto por la Administración Pública, por la omisión del procedimiento (“administrativo”) previo que ha de seguir la Administración cada vez que propone adoptar normas.

IV. LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

En su Fallo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia reconoce que *la aprobación de las normas del régimen de control de cambio no estuvo precedida del procedimiento (administrativo) previo*. Reconoce, dicho en otros términos, que el procedimiento previo contemplado por el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública resulta aplicable a las normas, impugnadas por el recurrente, mediante las cuales se estableció el control de cambio. Con esa declaración la Sala Constitucional también reconoce, de manera virtual o implícita, que *el procedimiento* para la aprobación de normas *resulta aplicable a las regulaciones, oponibles a terceros, establecidas a través de contratos inter-administrativos* (en el caso *sub-iudice*, los Convenios Cambiarios suscritos por la República y el Banco Central de Venezuela), esto es, a las normas de rango sub-legal creadas de común acuerdo por la República y el Instituto Emisor, mediante las cuales se limita o restringe el derecho de los particulares a la libre convertibilidad de la moneda (nacional) en su poder.

En otras palabras, el procedimiento contemplado por el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública resulta aplicable:

15 La demanda de nulidad del artículo 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela se fundamentó en el criterio sentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia n° 2.338, dictada el 21 de noviembre de 2001 (asunto “José MUCI-ABRAHAM *et alter*”). En esa decisión el más alto Tribunal declaró la nulidad (parcial) de la Ley sobre Régimen Cambiario, que habilitaba al Ejecutivo para restringir la libre convertibilidad de la moneda nacional, argumentando (i) que ese tipo de restricciones es materia de *reserva legal*; (ii) que la garantía de reserva legal es *incompatible con las habilitaciones “en blanco”* al Ejecutivo, para que discipline las materias que, de acuerdo a la Constitución, deben ser reguladas mediante norma de ley sancionada por el Poder Legislativo. Dicho sea de paso, el artículo 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela cuya nulidad se demandó el 18 de febrero de 2003, y las normas de la Ley sobre Régimen Cambiario que habían sido anuladas por la Sala Constitucional, eran *esencialmente idénticos*.

16 *Gaceta Oficial de la República* n° 37.305, de fecha 17 de octubre de 2001.

1. A los actos estatales normativos *de carácter unilateral*; y,
2. A otros actos, *de carácter contractual*, cuyas previsiones generales y abstractas resultan oponibles a los particulares. En el caso de la especie las normas formaban parte, insistentemente, de negocios jurídicos bilaterales, suscritos por dos sujetos de Derecho Público.

En criterio del Tribunal Supremo de Justicia, la expresión “normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía”, empleada por el Legislador en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, incluye o comprende esa tipología de actos contractuales de “carácter normativo”. En principio, virtud del *derecho a la participación en los asuntos públicos*, consagrado por el artículo 70 de la Constitución venezolana, el contenido de los Convenios Cambiarios *no puede ser fraguado a espaldas de los particulares “interesados”*.

Sentadas esas premisas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia observó cuanto sigue:

Primero, que el Decreto N° 2.278, mediante el cual el Presidente de la República:

[...]facultó al Ministro de Finanzas para convenir con el Banco Central de Venezuela la aplicación de medidas de carácter temporal que establezcan limitaciones o restricciones a la convertibilidad de la moneda nacional y a la transferencia de fondos del país hacia el exterior, se fundamentó en las consideraciones que se transcriben a continuación: ‘Que la República enfrenta acciones que han mermado los ingresos provenientes de la industria de hidrocarburos, lo cual ha afectado la estabilidad de las reservas internacionales; Que el mercado cambiario se ha visto afectado por movimientos inconvenientes de carácter especulativo, afectando en forma negativa la estabilidad del valor externo e interno de nuestra moneda; Que en las últimas semanas la demanda de divisas sobrepasa en forma excesiva las necesidades reales de la economía nacional; Que la estabilidad económica del país constituye requisito fundamental para el logro de los objetivos del Estado, entre ellos garantizar el desarrollo de los derechos del colectivo y la satisfacción de sus necesidades, todo lo cual se sobrepone a los intereses de cualquier grupo o particular’ ”.

Segundo, que de acuerdo con la motivación del Decreto N° 2.278, “...las circunstancias de hecho... exigían la *urgente instrumentación de medidas* destinadas a paliar o corregir dicha situación en aras del interés general”.

Y, finalmente, que por lo expuesto *los actos impugnados “...no requerían de la consulta* prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en virtud de la *excepción* contemplada en el último acápite del artículo 137 *eiusdem* y, en consecuencia, su promulgación no infringió el derecho a la participación en los asuntos públicos previsto en el artículo 62 de la Constitución”.

V. LO QUE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEJÓ DE APRECIAR: UN GRAVE ERROR *IN IUDICANDO*

Al analizar el contenido del Decreto N° 2.278 la Sala Constitucional hace dos afirmaciones dignas de mención:

1. Afirma, en primer término, que por intermedio del Decreto en referencia el Presidente de la República “...*facultó al Ministro de Finanzas* para convenir con el Banco Central de Venezuela la aplicación de medidas de carácter temporal que establezcan limitaciones o restricciones a la convertibilidad de la moneda nacional y a la transferencia de fondos del país hacia el exterior”.

2. En segundo lugar, afirma que “el acto administrativo impugnado (esto es, el Decreto N° 2.278)... no es más que *una instrucción que el Presidente* de la República, en su carácter de Jefe del Ejecutivo Nacional, *transmite al Ministro* de Finanzas para que avenga con el Instituto Emisor las medidas de política cambiaria pertinentes al objeto de preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria y asegurar el bienestar social, en ejercicio de las atribuciones que el artículo 318 de la Constitución, en concordancia con los artículos 110 y 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela, les confieren a los aludidos órganos del Poder Público...”.

1. Primera hipótesis de trabajo: El Decreto N° 2.278 contiene una delegación de atribuciones. La negociación y suscripción de los Convenios Cambiarios es competencia propia del Presidente de la República

A la luz de esas aseveraciones salta a la vista que el Decreto N° 2.278 sirvió para delegarle al Ministro de Finanzas competencias propias del Presidente de la República. Trátese de una *delegación interorgánica de atribuciones*, regulada por el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Ahora bien, la delegación de atribuciones se encuentra sometida a las limitaciones contempladas por el artículo 37 *eiusdem*. De esas limitaciones al poder de delegarle a otro competencias propias interesa destacar aquí la contemplada por el numeral 1° del artículo 37, que expresamente *prohíbe la delegación* “cuando [de lo que] se trate [es] de la adopción de *disposiciones de carácter normativo*”¹⁷. La prohibición es clara, tajante.

A la luz del artículo 37, numeral 1°, de la Ley Orgánica de la Administración Pública, es innegable que en el ejercicio de *poderes ajenos*, concedidos en virtud de *delegación*, el Ministro de Finanzas no podía establecer las reglas del control de cambio conjuntamente con el Banco Central de Venezuela.

En el caso de la especie la *infracción del principio de legalidad* era patente¹⁸. Sobre esa infracción de norma (de norma de *orden público*) la Sala Constitucional nada dijo.

17 El artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece que sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución o en leyes especiales, “...la delegación intersubjetiva o interorgánica no procederá en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de la adopción de disposiciones de carácter normativo. 2. Cuando se trate de la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso. 3. Cuando se trate de competencias o atribuciones ejercidas por delegación. 4. En aquellas materias que así se determinen por norma con rango de ley. Las delegaciones intersubjetivas y su revocación deberán publicarse en la *Gaceta Oficial* de la Administración Pública correspondiente. Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante. La delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido”.

18 El artículo 4° de la Ley Orgánica de la Administración Central dispone textualmente: “La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución..., a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a los particulares”.

2. Segunda hipótesis de trabajo: El Decreto N° 2.278 no contiene una delegación de atribuciones. La negociación y suscripción de los Convenios Cambiarios es competencia propia del Ministerio de Finanzas

Supongamos por un momento, mas sólo a fines argumentales, que el Decreto N° 2.278 *no* contiene una verdadera *delegación*. Imaginemos, en otras palabras, que es al Ministro de Finanzas a quien la ley le reconoce poder para negociar y suscribir los Convenios Cambiarios con el Banco Central de Venezuela, esto es, que el Ministro de Finanzas ejerció un *poder propio*, una *atribución natural*.

En este supuesto hipotético también resulta obligado concluir que las normas del control de cambio se hallaban viciadas de nulidad, porque el Ministro de Finanzas -y otro tanto cabe decir, sin duda alguna, del Banco Central de Venezuela- *no puede invocar la norma de excepción*¹⁹ contenida en el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Veamos:

1. En casos de excepción, la Administración puede obviar el procedimiento (administrativo) previo contemplado en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Para obviar el trámite hace falta, empero, que exista una “emergencia manifiesta”, por una parte, y por la otra, que no quede otra alternativa “por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad”. Tratase de *requisitos concurrentes*.

2. Ahora bien, la *norma de excepción* a la cual nos referimos ahora -o sea, el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública- *sólo dispensa* del cumplimiento del requisito (procedimiento) previo a tres autoridades o grupos de funcionarios bien determinados, a saber: el Presidente la República, los Gobernadores estatales y los Alcaldes municipales. Del procedimiento previo sólo pueden prescindir, y en circunstancias de verdadera excepción, el Presidente, los Gobernadores y Alcaldes. *Sólo esos funcionarios, ningún otro*.

En síntesis, la autorización contemplada en el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública no ampara ni al Ministro de Finanzas, ni tampoco al Banco Central de Venezuela. Ninguno de los dos figura dentro del *numerus clausus* del artículo 137. Ninguno de los dos cuenta con la *legitimación política*, producto de la elección mediante *sufragio universal*, de la cual deriva la *excepcional dispensa* de la *obligación legal* de tramitar el procedimiento (previo) para la aprobación de normas. Así de simple. En el caso de la especie la *infracción del principio de legalidad* era burda.

VI. REFLEXIONES COMPLEMENTARIAS PARA UNA MEJOR COMPRENSIÓN DEL GRAVE ERROR *IN IUDICANDO*

Con base en una lectura *literal* del artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, hay quien ha sostenido que el Ministro de Finanzas y el Banco Central de

19 La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido textualmente lo siguiente: “Es bien conocido que disposiciones que reconocen derechos constitucionales [por obra del] *favor libertatis*, son de interpretación extensiva, como restrictivas aquellas que se refieren a la excepción de esta regla” (la cita ha sido tomada del fallo dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 8 de marzo de 2004, que decidió el Recurso de Revisión propuesto contra el fallo n° 375, previamente dictado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el 23 de octubre de 2003).

Venezuela sí podían establecer las normas del control de cambio sin procedimiento previo. Fundan su afirmación, ya lo dijimos, en *la letra de la ley*, según la cual el Presidente puede "...autorizar la aprobación (por otros) de normas sin la consulta previa". Esos otros, a quienes podría otorgarse autorización -autorización presidencial- para aprobar normas sin consulta previa serían, *exempli gratia*, el Ministro de Finanzas y Banco Central de Venezuela.

Sin embargo, esa particular forma de interpretar el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública tropieza con obstáculos que no pueden ser salvados. Nos explicamos:

1. Primero que nada, la *aislada interpretación* de la norma *contradice* las reglas de *interpretación* que la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia defiende como válidas en el Fallo objeto de nuestros comentarios. Dice la Sala Constitucional: "...la *interpretación sistemática* de la Constitución (y de las leyes también) obliga a entender sus normas en *armonía*, sin magnificar el sentido de algunos preceptos, ni minimizar el de otros, con el propósito de compatibilizarlos positivamente para garantizar su homogeneidad, cohesión y *coherencia*". En idéntico se había pronunciado antes la Corte Suprema de Justicia, al *rechazar* la *interpretación aislada de normas* particulares²⁰, porque el análisis en solitario de una norma cualquiera *termina negándole vigor y eficacia* a las demás reglas de Derecho relacionadas con aquella. La interpretación literal del artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública *se contrapone a y resulta incompatible* con la prohibición contenida en el artículo 37 *eiusdem*.

2. Segundo, el Decreto N° 2.278 *no se fundamenta en el artículo 137* de la Ley Orgánica de la Administración Pública²¹. Dicho en otras palabras, en el Decreto *no se concede autorización expresa para obviar el procedimiento* legalmente establecido. El Decreto no tenía por objeto la concesión de la "autorización" a la que, de acuerdo a una interpretación literal de una sola norma de la ley, alude el artículo 137. Así de sencillo.

VII. OTRAS CIRCUNSTANCIAS (RELEVANTES) POSTERIORES AL FALLO

Las normas del control de cambio cuya conformidad con el Derecho declaró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia nunca fueron sometidas al excepcional procedimiento posterior contemplado por el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. En el caso de la especie *no medió*, ya lo subrayamos, *procedimiento previo*.

20 La decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno aparece citada en la sentencia N° 625, pronunciada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 16 de octubre de 1997 (asunto "José Antonio VENERO DOMÍNGUEZ"). La interpretación aislada de normas también fue rechazada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 1° de julio de 1999 (asunto "María del Rosario ROJAS RODRÍGUEZ").

21 En palabras del Presidente de la República, el Decreto n° 2.278 fue dictado "...en ejercicio de las atribuciones que le confieren el artículo 236, numeral 11 de la Constitución de la República... en concordancia con los artículos 318 y 320 *eiusdem* (*sic.*), así como lo dispuesto en los artículos 110, 111 y 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela, en Consejo de Ministros...". Esos son los *únicos fundamentos* legales del Decreto, que, como se ve, *jamás* invoca la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Lo que restaba por observar es que luego *tampoco medio el procedimiento posterior*. En síntesis, ninguna garantía adjetiva. El derecho a la participación quedó así *reducido a la nada*.

El abismo existente entre normas y realidad nunca fue mayor. Estado de Derecho y de Justicia proclamado por el artículo 2° de la Constitución fue *pulverizado* por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela, y por un Tribunal Supremo de Justicia que hizo dejación de sus responsabilidades.

§38. LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS PARTICULARES

Duilio David Matheus R.

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la vigencia temporal de los actos administrativos, ha sido ampliamente tratado por la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera. Concretamente, la irretroactividad de los actos administrativos ha despertado inquietud en razón de la relevancia que reviste la aplicación de ese principio y de sus excepciones. Llegar a determinar el momento preciso en que un acto dictado por la Administración Pública afecta la esfera jurídica de derechos e intereses de los administrados entre ellos, y entre éstos y la Administración, permite obtener certeza acerca de las obligaciones y los derechos de los administrados en un momento dado.

Resulta clara la importancia de determinar el momento en que los actos administrativos entran en vigor y en función de ello, necesariamente debe acudir al concepto de eficacia, como referencia que permita enfocar algunos criterios ya planteados por la doctrina, pero que dada la dinámica de la actividad administrativa y lo variable de las situaciones que a diario deben regularse, admite un espacio de reflexión como excusa perfecta para introducir puntos de vista que puedan contribuir a seguir madurando el tema.

Para analizar la irretroactividad de los actos administrativos de efectos particulares en Venezuela, deben analizarse primeramente sus bases o su fundamentación a la luz del ordenamiento jurídico vigente. Al respecto debe señalarse que, la prohibición de aplicar retroactivamente los actos administrativos de efectos particulares, no está regulada de manera expresa a nivel constitucional. Lo que si estipula la Constitución es la irretroactividad de la ley como principio, y su aplicación retroactiva sólo en función de favorecer a los reos.

En realidad, debe reconocerse que si los actos administrativos son dictados en ejecución de la ley, resulta entonces suficiente el dispositivo constitucional que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley puesto que, dicho principio es aplicable en el nivel correspondiente, es decir, que también es aplicable a los actos administrativos de efectos particulares, toda vez que estos son de rango sublegal. En ese sentido, la jurisprudencia ha venido formulando algunas aclaratorias respecto de la aplicación de ese principio en Venezuela. Obviamente, las consideraciones del máximo tribunal sobre el principio de la irretroactividad, han venido evolucionando a lo largo del tiempo y ese proceso de maduración hace necesario revisiones para constatar cuál es el tratamiento conferido al tema en la actualidad, más aun después de que en la propia Constitución vigente se previera la regulación del principio de la irretroactividad de la ley, lo cual tampoco constituye ninguna novedad pues incluso con anterioridad a su predecesora, es decir, antes de la Constitución de 1961, dicho principio estaba constitucionalmente previsto.

La irretroactividad de los actos administrativos de efectos particulares, se vincula con la seguridad jurídica y el respeto de los actos jurídicos ya consolidados. Ello es así porque la preservación del conjunto de derechos y obligaciones que de la vigencia de los actos administrativos dimanar, es tan fundamental y cuentan con tanta plenitud en el mundo jurídico, que cualquier alteración en su tratamiento o consecuencias, han de tratarse bajo la premisa de la excepcionalidad.

El nacimiento o la declaratoria de situaciones jurídicas surgidas como consecuencia de actos administrativos particulares dictados en ejecución de normas, genera una afectación en los administrados directamente receptores de esos actos y de otros que, como agentes que interactúan en el mundo jurídico de derechos y obligaciones, indirectamente pueden ser afectados. La normal estabilidad esperada y derivada de los actos de la Administración, debe estar fundamentada en límites temporales que orienten la aplicación de los mismos, preservando en todo caso los derechos adquiridos por los administrados mediante situaciones jurídicas consolidadas. Es de esta forma que el respeto a los actos jurídicos y de sus efectos, se vincula con la eficacia de los actos administrativos de efectos particulares, relación que será tomada como punto de partida para introducir el análisis del principio de la irretroactividad de ese tipo de actos.

Los actos administrativos de efectos particulares, perfeccionados y válidos, entran en vigor una vez exteriorizados mediante la notificación o publicación, de allí que, desde un punto de vista formal, la notificación viene a constituir una garantía en la eficacia de los mismos, permitiendo que tanto los administrados directamente afectados por los efectos del acto, como aquellos afectados por vía de consecuencia, lo conozcan y cumplan con su contenido. Es por esa razón que los efectos de los actos administrativos aplican desde el momento de su notificación hacia el futuro, bien porque prevean efectos inmediatos o porque sus efectos sean diferidos el tiempo. Si ello es así, entonces: ¿cómo se justifica que ciertos actos administrativos afecten situaciones acontecidas en tiempo pasado, en un contexto histórico cuando la esfera jurídica de los derechos y obligaciones de los administrados estaba determinada por otras variables jurídicas distintas?

Para responder a esa pregunta se plantearán algunos aportes respecto de la irretroactividad de los actos administrativos de efectos particulares, estructurando para ello el tratamiento del tema en este trabajo de la siguiente manera: en el Capítulo I será tratado el principio de la irretroactividad de los actos administrativos de efectos particulares, en el Capítulo II se ubicará el principio de irretroactividad en el ordenamiento jurídico general, en el Capítulo III serán analizados los avances jurisprudenciales a la luz de la doctrina, en el Capítulo IV, se hará particular referencia a la aplicación retroactiva de derechos antidumping en Venezuela.

II. EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS PARTICULARES

Ante la afirmación de que los actos administrativos crean derechos u obligaciones para las partes vinculadas mediante ellos, es decir, tanto para la Administración como para el administrado, surgen cuestiones acerca de ¿cuál es la vigencia normal de esos efectos en el tiempo?, y más aun, ¿por qué es importante una definición temporal de esos efectos? Para dar respuesta a esas preguntas es necesario revisar el tema de la eficacia de los actos administrativos, y el respeto que el ordenamiento jurídico confiere a los actos jurídicos ya consolidados.

La eficacia de los actos administrativos guarda estrecha vinculación con la consecución del fin perseguido mediante la actuación administrativa, y su conceptualización y características le confieren identidad propia, diferente de otros elementos también relacionados con la fase final en la actividad administrativa. Como bien lo señala Araujo, J. (1998, p. 312), hay que distinguir los conceptos de eficacia, perfección y validez, indicando respecto de cada uno de ellos que:

[...]la eficacia es la aptitud del acto de producir efectos jurídicos, precisamente una modificación jurídica [...] la perfección [...] considera la formación del acto con arreglo a un procedimiento establecido [...] la validez (...) tiene en mira la adecuación de aquél al esquema abstracto previsto por el ordenamiento y a la inexistencia de vicios en la formación de voluntad.

Los conceptos citados permiten aclarar que el proceso de formación de un acto administrativo esta constituido por elementos sumamente relevantes que si bien determinan la vida misma del acto porque determinan su adecuación a las normas y regulan la formación de los actos, la eficacia es el factor llamado a determinar el momento en que los efectos de esos actos empiezan y terminan de afectar la esfera jurídica de los administrados, y es allí precisamente, donde radica la relevancia que a los efectos de desarrollar este estudio reviste ese tema.

La eficacia de los actos se verifica cuando estos son publicados o notificados, según sea el caso. Pero además, la eficacia está sujeta a ciertas limitaciones referidas a los sujetos, al objeto y al tiempo que de acuerdo con planteamientos formulados por Araujo, J. (1998, p. 313)¹ consisten respectivamente en, el deber de respetar los actos jurídicos y las situaciones jurídicas derivadas o legitimadas por ellos, la imposibilidad de que la Administración obligue a ejecutar más de lo que el propio acto determine o lo que de sus propios términos resulta, y la eficacia instantánea o continuada en el tiempo salvo supuestos excepcionales de actos sometidos a plazo o término extintivo.

La observancia de esos límites de la eficacia del acto administrativo en el tiempo, permiten determinar la adecuación de los actos dictados por la Administración a la regla de no retroactividad, o en todo caso permite detectar cuándo un acto, vulnerando esos límites, sobrepasa las barreras temporales y regula situaciones jurídicas existentes con anterioridad a su vigencia.

La prohibición de aplicar actos administrativos al pasado con fundamento en razones de seguridad jurídica, garantiza para los administrados la constitución de situaciones jurídicas plenamente consolidadas, brindando así certeza acerca de la vigencia temporal de los actos administrativos. Entonces, si el principio de la irretroactividad de los actos administrativos vinculada a la seguridad jurídica de los administrados tiene tal relevancia, cabría preguntarse, ¿cómo es posible que ese principio pueda admitir excepciones?

Concretamente, en los casos de aplicación retroactiva no prevista en la ley, debe tenerse presente la no lesión de los derechos adquiridos y el beneficio de los administrados como criterios fundamentales que constituyan también, factores de equilibrio ante la disyuntiva de aplicar actos administrativos cuyos efectos puedan regular situaciones acontecidas en el pasado, y la seguridad jurídica que la Administración debe garantizar a los administrados.

Como fundamento de este planteamiento, resulta pertinente acudir a criterios emitidos por la doctrina pero que orientados en función de esta tesis permiten encontrar pleno sustento de lo afirmado, partiendo *ab initio* de la regulación constitucional. La Constitu-

1 Citando a GONZÁLEZ PÉREZ.

ción en su artículo 24² estipula el principio de la irretroactividad de la ley, excepto cuando imponga menor pena. Ello confirma que los casos excepcionales de aplicación retroactiva de los actos administrativos que no estén expresamente previstos en la ley, deben perseguir un beneficio para los administrados destinatarios de estos, lo que indica por argumento en contrario que no pueden derivar de su aplicación perjuicios sobrevenidos para los destinatarios del acto. La preservación de situaciones de beneficio consolidadas están protegidas por la institución de los derechos adquiridos que como señala Comadira, J. (2005, p. 178)

“[...]la pretendida retroactividad (...) habilitada por la norma, no es tal desde el punto de vista estrictamente jurídico, porque la nota común a ambas es su admisibilidad en la medida en que no resulten afectados derechos adquiridos...”, agregando que, “...no habrá retroactividad si la regulación de situaciones previas al dictado del acto no se traduce en una alteración de derechos consolidados con anterioridad”³ y precisa que “...la retroactividad no se haya vedada cuando lo que destruye o modifica es un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existente[...]”.

Los planteamientos citados refuerzan la consideración de la no lesión a los derechos adquiridos como condición en la aplicación de la excepción al principio de irretroactividad de los actos administrativos no prevista en la ley pues, constituye así un elemento de procedencia en su aplicación al pasado, pero además un límite, puesto que las excepciones pudieran aplicarse en la medida que no afecten esos derechos consolidados de los administrados, siempre que la necesidad de aplicar un acto administrativo hacia el pasado no sea consecuencia de una actuación ilegal o de mala fe de los administrados cuyos derechos adquiridos serán lesionados pues en ese caso, a pesar de perjudicar su estado de beneficio sería procedente su aplicación.

En ese orden de ideas, cabe citar lo previsto en el artículo 57.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, del 26 de noviembre de 1.992, analizado por el profesor español Bocanegra Sierra, R. (2004, p. 116) refiriéndose a la excepción prevista en dicho artículo que permite otorgar eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

Al respecto, debe señalarse que si bien en España la condición de no lesión a los derechos o intereses legítimos de terceras personas afectadas por el acto debe cumplirse para que proceda su aplicación retroactiva, puesto que así está expresamente previsto en una norma del ordenamiento jurídico español, su relevancia es tal entidad que deriva del principio mismo de la seguridad jurídica, razón suficiente para que dicho concepto cobre mayor fuerza en nuestro país al aplicar bajo un marco excepcional efectos retroactivos de determinados actos.

En efecto, el autor citado agrega que:

2 *Artículo 24.* Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea.

3 Citando a ESCOLA, H.

[...]parece que el precepto otorga discrecionalidad a la Administración para decidir sobre si dota a no de eficacia retroactiva a los actos administrativos en los que concurran los requisitos señalados, aunque debe recordarse que dicha discrecionalidad debe ejercerse dentro de las exigencias propias de los principios generales del Derecho Administrativo, y, en especial, que la retroactividad de un beneficio, si se reconoce sólo a una persona o a un grupo frente a otros, podría crear un privilegio en sentido técnico, abiertamente proscrito por el principio de igualdad[...] (p. 115).

Lo anterior permite señalar que aun en ordenamientos jurídicos donde las excepciones al principio de irretroactividad de los actos se encuentran previstas de manera más explícita, su aplicación debe ejercerse atendiendo a los principios generales del Derecho, y la seguridad jurídica dada por el respeto a los derechos adquiridos es expresión de ello.

De hecho, en Venezuela la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, estipula en su artículo 82 la potestad revocatoria de la Administración Pública⁴ condicionando tal posibilidad a revocar actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular. Al respecto, Rondón de Sansó, H. (2005, p. 108) señala que:

[...]la posibilidad de remover los actos administrativos contrarios al interés público en forma original o sobrevenida, sólo es posible si tales actos no han afectado la situación subjetiva de un particular. Los actos creadores de derechos o intereses legítimos no pueden ser extinguidos por la Administración y, en consecuencia deberán permanecer firmes e inalterados. Esta posición se refuerza con lo establecido en el artículo 19, ordinal 29, que consagra como causa de nulidad absoluta la de los actos que “resuelven un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya cuando derechos particulares”, ya que la misma implica que la Administración no puede reponer el procedimiento sobre la misma cuestión a los fines de lograr una decisión diferente, por cuanto si tal decisión ha creado derechos subjetivos, el nuevo acto que fuese dictado estaría viciado de nulidad absoluta[...].

Si bien las consideraciones expuestas están relacionadas con la revocatoria de oficio, la condición a la que se supedita dicha revisión de oficio, es al igual, que el principio de la irretroactividad, expresión de la seguridad jurídica por cuanto se tiende a preservar los derechos adquiridos por los administrados, situación que el ordenamiento jurídico resguarda con sumo celo al prever como causal de nulidad absoluta el hecho de que mediante un acto se resuelva un caso anterior que haya creado derechos particulares.

Entonces, la no lesión de derechos adquiridos resulta un elemento fundamental que necesariamente debe considerarse cuando se pretenda otorgar efectos hacia el pasado derivados de actos administrativos, de lo contrario se estaría vulnerando la seguridad jurídica que debe garantizar las situaciones jurídicas subjetivas ya consolidadas.

III. UBICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GENERAL

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela estipula en su artículo 24 que: “Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo...”. La irretroactividad prevista en dicho artículo está referida a la ley y en ese mismo sentido, la exposición de

⁴ Artículo 82. Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico.

motivos de la Constitución expresa que: “Se consagra la garantía de no retroactividad de las leyes y de las disposiciones normativas y se amplía su alcance a fin de que en caso de dudas sobre su vigencia temporal, se aplique la norma que beneficie al reo”

Una simple comparación entre la regulación constitucional actual y la Constitución de 1961⁵, permite apreciar que el tratamiento del tema a nivel constitucional no ha variado. La Constitución vigente, establece el principio de la irretroactividad respecto de la ley, y en realidad por esa misma razón no sería necesario que estableciera igual estipulación para actos administrativos que vienen a ejecutar la ley respecto de la cual, la aplicación retroactiva está prohibida como principio, resultando en consecuencia aplicable a dichos actos administrativos, el mismo principio de irretroactividad. La aplicación del principio de la irretroactividad a dichos actos ha sido aclarada por el máximo tribunal de la República mediante la jurisprudencia que en distintos fallos así lo ha sentenciado. En ese sentido, es oportuno citar el criterio pacífico y reiterado de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa que mediante sentencia del 31-07-80 con ponencia del magistrado Domingo A. Coronil dejó sentado lo siguiente:

La Constitución vigente en su artículo 44 establece que “Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena (...) Se plantea, por consiguiente, la aplicación de este principio al acto administrativo no normativo (...) si en el ordenamiento jurídico venezolano la irretroactividad de la ley es previsión de jerarquía normativa superior (...) resulta compatible con ello que tanto los actos administrativos generales que están destinados a completar o desarrollar la ley, como los actos administrativos singulares que se dicten en ejecución de la misma, ante la ausencia de disposición expresa que así lo consagre, se sujeten también a tal principio”.

Partiendo de la regulación constitucional de la irretroactividad de la ley, la citada sentencia dejó sentado la aplicación de dicho principio a los actos administrativos de efectos particulares. Dicha sentencia que recoge de manera clara, criterios que venía delineando la Corte Suprema de Justicia, demuestra que desde vieja data y bajo la Constitución de 1961, la aplicación del principio a los actos administrativos de efectos particulares ha presentado claridad, evolucionando en el sentido de delimitar aun más los supuestos en que procede su aplicación, sin embargo este tema será tratado con más detalle en el Capítulo III de este trabajo.

Por otra parte, existen distintos cuerpos normativos que forman parte del ordenamiento jurídico vigente que permiten delinear y consolidar el principio de la irretroactividad de los actos administrativos de efectos particulares que no pueden dejar de mencionarse porque constituyen junto a la Constitución Nacional, los cimientos de este principio en Venezuela. Desde hace bastante tiempo autores como Brewer-Carias, A. (1982)⁶ han señalado que:

[...]En esta materia, rige ante todo como principio la norma del artículo 44 de la Constitución relativa a la irretroactividad de la Ley que recoge el Artículo 3° del Código Civil según el cual, la Ley no tiene efecto retroactivo. Este principio relativo a la Ley, es aplicable a los actos administrativos, lo cual ha sido indirectamente recogido en el Artículo 11 de la Ley Orgánica, al regular la posibilidad de que la Administración establezca nuevas interpretaciones para la solución de los problemas que se le sometan a su consideración, estableciendo la imposibilidad de aplicar las nuevas interpretaciones a situaciones ya resueltas y pasadas[...].

5 *Artículo 44:* Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menos pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán, en cuanto beneficien al reo, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

6 Información extraída de la obra de BREWER CARIAS, Allan, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Sexta Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, p. 196.

Por su parte, Hernández Bretón, E. (1985, pp. 213, 214), referenciaba el artículo 3° del Código Civil, artículo 6° del Código de Procedimiento Civil, y los artículos 11, ordinal 2° del artículo 19, artículo 72 y siguientes, y 82, 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En general las mencionadas normas, estipulan el principio de la irretroactividad de la ley, y la imposibilidad de que los efectos de los actos administrativos tengan vigencia en el pasado, estableciendo casos de excepción muy delimitados en cuanto a los supuestos de hecho previstos. Así, frente al principio de no aplicación retroactiva de la ley previsto en los instrumentos normativos señalados, hay que considerar, como lo comenta Hernández Bretón que:

[...]si bien ellos se refieren a instituciones distintas, como lo son: cambio de criterios y su aplicabilidad a situaciones anteriores, cosa juzgada administrativa, notificación y efectos de los actos administrativos, revocabilidad de actos administrativos y control en sede administrativa de la legalidad de la actuación administrativa, permite cuando menos deducir que los actos administrativos sólo surten efectos a partir de su publicación o notificación a los interesados y que la actuación de la Administración no puede lesionar, irrespectar o menoscabar derechos particulares y derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos de los administrados, es decir, no puede dictar actos retroactivos ni aplicarlos retroactivamente[...] (p. 214).

Las normas citadas son emblemáticas en la doctrina nacional, y ciertamente han constituido un conjunto de reglas que sirven de fundamento para orientar el tratamiento del principio de irretroactividad que por demás, no tendría porque estar previsto en el ordenamiento jurídico de una forma distinta porque ya el mismo texto constitucional estipula el principio de irretroactividad que aun cuando es referido a la ley, el acto administrativo dictado en ejecución de la misma, está llamado a correr la misma suerte, es decir, a surtir efectos hacia el futuro y no hacia el pasado. En tal sentido, las normas mencionadas repiten a nivel legal lo que en un nivel constitucional ya está establecido. En la actualidad, otras normas más especializadas contienen regulaciones que parten del principio de la irretroactividad, pero que a la vez establecen excepciones que permitirían mediante actos administrativos de efectos particulares, regular situaciones jurídicas anteriores a su entrada en vigor, tal es el caso del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, conocido como Acuerdo Antidumping, el cual estipula en su artículo 10 algunos supuestos excepcionales de irretroactividad que serán tratados con suficiente detalle en el Capítulo IV de este documento.

IV. ANÁLISIS DE LOS AVANCES JURISPRUDENCIALES A LA LUZ DE LA DOCTRINA

Ciertamente, en Venezuela no existe en la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo una norma que expresamente regule, de manera directa, el principio de la irretroactividad de los actos administrativos de efectos particulares, como si existe en otras legislaciones extranjeras. Sin embargo, como se ha planteado en este estudio, el problema no radica en la ausencia de una norma que expresamente acoja ese principio puesto que, si los actos administrativos son dictados en ejecución de la ley, y respecto de ésta última ya la Constitución expresamente regula el principio de irretroactividad, entonces se sobreentiende que ese mismo principio aplica por igual a los actos administrativos. El problema real se suscita porque la dinámica de la actividad administrativa demanda de esta, la intervención constante y de múltiples maneras en la esfera jurídica de los adminis-

trados. Ante esa multiplicidad de actuaciones, suele ser común que surjan cuestiones acerca de la vigencia temporal de los actos que ésta dicta, resultando en ciertos casos de difícil determinación la legalidad de los actos administrativos en cuanto a su vigencia temporal.

El tratamiento de casos particulares, ha encontrado sustentación en algunas normas especiales de las cuales puede inferirse interpretaciones para regular situaciones específicas sobre la vigencia temporal de los actos administrativos. En todo este proceso de delinear criterios, a partir de normas de donde pueden extraerse directrices sobre el tratamiento del tema, la jurisprudencia ha jugado un papel fundamental. Así pues, el actual Tribunal Supremo de Justicia, ha dado continuidad en cuanto a la tendencia general que respecto del tema dio la Corte Suprema de Justicia.

Dada la relevancia que ha tenido la jurisprudencia del máximo tribunal en relación con este tema, poco preciso en el detalle a nivel normativo, es importante señalar los principales criterios que ha venido delineando a lo largo del tiempo, vinculando el análisis con algunos planteamientos de la doctrina nacional y extranjera. En tal sentido, se formularán algunos aportes de quien suscribe, considerados relevantes en el contexto nacional, como punto de vista que permita visualizar posibles avances en el tratamiento del tema.

La jurisprudencia ha tratado mediante, distintos fallos el principio y sus excepciones. En cuanto al primero de los aspectos, puede reseñarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de fecha 31-07-80, con ponencia del magistrado Domingo A. Coronil en la cual se dejó sentado lo siguiente:

La Constitución vigente en su artículo 44 establece que “Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena (...) El vacío que existe en la materia respecto de los actos administrativos no normativos, debe llenarse, por ahora, mediante la aplicación de los principios generales del Derecho (...) acorde con los cuales si en el ordenamiento jurídico venezolano la irretroactividad de la ley es previsión de jerarquía normativa superior puesto que se contiene en un dispositivo constitucional, resulta compatible con ello que (...) los actos administrativos singulares que se dicten en ejecución de la misma, ante la ausencia de disposición expresa que así lo consagre, se sujeten también a tal principio”.

El criterio jurisprudencial citado, está referido a la irretroactividad de la ley previsto en la Constitución, enfoque que ha sido el punto de partida de la jurisprudencia nacional en virtud de la ausencia de regulación directa a nivel legal, y en razón de ello, la norma constitucional encuentra perfecta aplicación para el caso de los actos administrativos de efectos particulares toda vez que estos últimos son dictados en ejecución de la ley. Ese criterio refleja el tratamiento sostenido históricamente en la jurisprudencia nacional, pues desde entonces y hasta ahora las consideraciones del máximo tribunal al respecto no han variado, así se demuestra en la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, de fecha 07-10-03 con ponencia del magistrado Levis Ignacio Zerpa⁷, concluyendo lo siguiente:

[...]la Administración infringió el principio de irretroactividad de la ley, extendido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia a los actos administrativos de efectos generales y particulares, y concebido como una garantía para la protección de los derechos adquiridos frente a las modificaciones que pueda sufrir el ordenamiento jurídico en un determinado momento[...]

La sentencia dejó sentado que el principio de irretroactividad es concebido como garantía para la protección de los derechos adquiridos. En relación con este último enfoque planteado por el Tribunal Supremo de Justicia, es oportuno traer a colación la tesis expuesta en el Capítulo I, en el sentido de fundamentar la aplicación del principio de la irretroac-

7 Sentencia n° 1506.

tividad no previsto en la ley y sus excepciones en el respeto de los derechos adquiridos y en el beneficio de los administrados. Con ello se quiere decir que, si bien la jurisprudencia ha precisado el significado del principio y ha delineado algunas excepciones, la procedencia de éstas últimas deben determinarse en función de no perturbar o afectar negativamente derechos adquiridos por los administrados mediante situaciones jurídicas ya consolidadas, por lo que ha de tenerse por norte bajo el régimen excepcional, la aplicación retroactiva de un acto cuando favorezca al administrado.

En relación con el favorecimiento o beneficio de los administrados, resulta oportuno citar al profesor Brewer-Carías, A. (1982, p. 43) quien ha señalado que:

[...]ahora encontramos un asidero para el principio de la irretroactividad de los actos administrativos. Ello, sin embargo, tiene una excepción: puede aplicarse (...) la nueva interpretación a las situaciones anteriores, cuando fuese más favorable a los administrados[...].

En el mismo sentido, de los planteamientos formulados por el autor citado, la Constitución vigente estipula en el artículo 24, al igual que la Constitución de 1961, que en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron y cuando haya dudas, se aplicará la norma que beneficie al reo. Queda claro entonces que ese mandato constitucional referido a la ley, resulta también aplicable a los actos administrativos de efectos particulares, de tal manera que no podrían aplicarse sus efectos retroactivos si con ello se perjudica o anula el disfrute de los derechos adquiridos de los administrados lo que tiene vinculación directa con la seguridad jurídica que debe ofrecer la Administración a los administrados.

Los planteamientos formulados con anterioridad permiten introducir ahora, el examen de las excepciones que se han planteado en la jurisprudencia nacional. En tal sentido, frente al principio de que los actos administrativos de efectos particulares no pueden tener efectos retroactivos porque de lo contrario estarían viciados, el Tribunal Supremo de Justicia ha sentado mediante sus decisiones, principalmente las siguientes excepciones al principio: 1. Cuando la Ley expresamente autoriza la retroactividad; 2. Cuando la retroactividad es el efecto natural del acto; 3. Cuando los actos son dictados en sustitución de un acto anulado y siempre que no lesionen derechos adquiridos.

Si bien la doctrina extranjera plantea mayor número de excepciones en cuanto a aplicación retroactiva de los actos, esos avances deben mirarse con cuidado por cuanto, si bien en Venezuela las interpretaciones parten de ordenamiento jurídico con sus ventajas y limitaciones, lo mismo sucede en otras latitudes, razón suficiente para entender que no pueden extrapolarse a nuestro país dichas excepciones sino en la medida que exista una base normativa que le de asidero a la aplicación de conceptos desarrollados bajo otros esquemas normativos.

Como toda excepción, los casos de aplicación retroactiva de actos administrativos de efectos particulares, han de ser analizados de manera restrictiva, bajo criterios que permitan delimitar su procedencia. Esos criterios fungen como limitantes a los casos en que proceden las excepciones, y con ellos se debe propender a preservar la seguridad jurídica de los administrados por cuanto la aplicación retroactiva de actos encuentra resistencia precisamente en ese principio, pilar fundamental del ordenamiento jurídico.

A continuación se exponen las principales excepciones al principio de irretroactividad, planteadas por la jurisprudencia.

1. Cuando la Ley expresamente autoriza la retroactividad

En reciente sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, de fecha 01-06-01⁸, se concluyó lo siguiente:

[...]en Venezuela la aplicación de las disposiciones legislativas de forma retroactiva está prohibida por imperativo constitucional. Sólo se admite su aplicación con tales efectos hacia el pasado en aquellos casos mencionados en la misma norma; este principio de irretroactividad encuentra su justificación en la seguridad jurídica que debe ofrecer el ordenamiento jurídico a los ciudadanos en el reconocimiento de sus derechos y relaciones ante la mutabilidad de aquél.

De la sentencia citada, se desprende que el principio de la irretroactividad de los actos administrativos se ha concebido como garantía de respeto a los derechos de los administrados, determinado por la estabilidad de los actos administrativos y la certeza de sus efectos en el tiempo, todo lo que está directamente vinculado con la seguridad jurídica. Es por ello que se establece como principio, que los actos administrativos de efectos particulares tendrán efectos desde su entrada en vigencia hacia adelante y no desde su entrada en vigencia hacia atrás.

Así pues, autores como Araujo Juárez, J. (1998, p. 325), sobre la base de la jurisprudencia líder del máximo tribunal han señalado:

[...]Sin embargo, el principio de irretroactividad no excluye que en ciertos casos los actos administrativos pueden tener efectos hacia el pasado, cuando la ley expresamente lo autoriza[...]

De allí que, frente al principio de la irretroactividad, la aplicación retroactiva de los efectos de un acto, prevista por la propia norma, opera de manera excepcional, permitiendo que estos tengan eficacia hacia el pasado o mejor dicho, con anterioridad al momento en que fueron dictados. Esas excepciones previstas en la norma deben atender al resguardo de intereses superiores de tal manera que la dinámica social no sea desatendida por la rigidez de normas generales. El mismo sistema legal debe prever la posibilidad de que ante situaciones específicas se generen respuestas surgidas de las mismas normas. Es esa la mejor forma de preservar la seguridad jurídica toda vez que, hasta los casos de excepción deben estar avalados por una base normativa.

2. Cuando la retroactividad es el efecto natural del acto

La Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en fecha 11-08-83, con ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas⁹ sentenció que:

[...]igualmente ha reconocido la Corte que la retroactividad de dichos actos es admisible cuando así lo disponga la Ley o tal posibilidad sea inherente a la naturaleza del acto especialmente considerado.

En el mismo sentido, mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de fecha 05-08-80¹⁰, con ponencia del Magistrado Julio Ramírez Borges, se dejó sentado que:

8 Sentencia n° 902.

9 Información extraída de la *Revista de Derecho Público* n° 16, p. 156.

10 BALASSO TEJERA, C., *Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, p. 604.

[...]por excepción, el acto administrativo tiene aplicación retroactiva porque, en este caso, la retroactividad es el efecto natural del acto ya que la exoneración fue concedida para un préstamo determinado aunque su manifestación o publicación se hubiere hecho con retardo.

La jurisprudencia reconoce así, ciertos casos en los que la aplicación retroactiva de efectos del acto es inherente a su naturaleza. Eso suele ocurrir en casos en los que mediante un acto se reconoce formalmente una situación previamente existente, generadora de un derecho para el administrado.

Por otra parte, también pueden mencionarse otros casos de aplicación retroactiva de los actos que condicionan la aplicación de medidas anteriores, reseñado por Subrá de Bieusses, P. (2005, p. 146) quien se refiere a situaciones cuando un primer acto prevea por sí mismo que sus medidas de aplicación serían retroactivas al día de su entrada en vigor, ejemplificando al efecto un decreto que prevé desde el mismo momento de la nominación, la titularización posterior de funcionarios, luego de un período de pasantía.

3. Cuando los actos son dictados en sustitución de un acto anulado y siempre que no lesionen derechos adquiridos

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia de fecha 12-04-84, con ponencia del Magistrado Pedro Miguel Reyes¹¹, dejó sentado que:

[...]los actos no tienen efecto retroactivo sino excepcionalmente cuando se les dicta en sustitución de un acto anulado y siempre que no lesionen derechos adquiridos[...].

En relación con este supuesto de aplicación retroactiva de los actos, abundante doctrina se ha pronunciado, reconociendo esta excepción. Así, en Argentina autores como Comadira, J. (2005, p. 181), señalan que:

[...]uno de los objetivos que persigue la Administración al ejercer la potestad revocatoria: (...) restaurar el imperio de la legalidad, que se ha visto vulnerada desde el mismo momento de la génesis del acto, aún cuando esta ya haya producido efectos[...].

Respecto del sistema francés, autores como Subrá de Bieusses, P. (2005, p. 145) señalan que:

[...]según la jurisprudencia del Consejo de Estado conviene distinguir entre actos administrativos no creadores de derechos y aquellos que sí lo son [...] los primeros, la Administración está obligada a retirarlos por ser irregulares [...] Si se trata de actos creadores de derechos, salvo ciertas flexibilidades y excepciones [...] la regla principio es que el acto creador de derechos se vuelve irrevocable desde el momento en que es definitivo.

En el marco de la legislación española Bocanegra Sierra, R. (2004, pp. 114, 115) señala que:

[...]En el caso de que el acto produzca efectos sólo frente a su destinatario, el conflicto de intereses se suscita exclusivamente entre la Administración y el propio destinatario [...] En consecuencia, el acto administrativo dictado en sustitución del anulado únicamente podrá tener efectos retroactivos cuando sea favorable para el ciudadano [...] pero si el acto que se quiere hacer retroactivo en sustitución del acto anulado es desfavorable, sólo cabría tal retroactividad si la ilegalidad del acto anulado recae en el ámbito de responsabilidad del ciudadano.

Queda claro entonces que el nuevo acto dictado en sustitución de otro acto anulado tiene efectos en el pasado, es decir, con anterioridad al momento en que es dictado y

11 BALASSO TEJERA, C., *op.cit.*, p. 605.

regulariza en consecuencia una situación jurídica atendida bajo el acto anulado. Sin embargo, esa facultad de la que dispone la Administración, dirigida a preservar la legalidad de sus actos, encuentra limitaciones cuando al amparo del acto anulado se hubiesen generado derechos para los administrados y estos estén consolidados, en cuyo caso debe operar la seguridad jurídica que garantiza el ordenamiento jurídico, preservándose de esa forma esos derechos. Quiere decir entonces, tal como se propuesto en la clasificación que, la no lesión de los derechos adquiridos funge como condición de procedencia para que un acto dictado sustituya a otro anulado, es decir, el nuevo acto que busca corregir un acto precedente no podría operar en la medida que se hayan generado derechos adquiridos por los administrados bajo el acto anterior.

V. PARTICULAR REFERENCIA A LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE DERECHOS ANTIDUMPING EN VENEZUELA¹²

En el actual ordenamiento jurídico venezolano existe la posibilidad de imponer derechos antidumping, que consisten en medidas de tipo comercial dirigidas a corregir la discriminación de precios de productos importados que ingresan al territorio venezolano a un precio inferior al cual son vendidos en sus países de origen. De esa forma se previenen e impiden los efectos perjudiciales que pudieran generar en la producción nacional de bienes similares. Al respecto, el numeral 2, del artículo 2º de la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, normalmente conocida como “ley antidumping” define el derecho antidumping como un:

Gravamen especial establecido en forma provisional o definitiva para contrarrestar los efectos perjudiciales de importaciones efectuadas en condiciones de dumping[...].

El tema de los derechos antidumping y su aplicación en Venezuela cuenta con un tratamiento especial, determinado por un conjunto de normas que regulan ese mecanismo de comercio internacional dirigido a brindar protección a los productores nacionales de bienes similares a los importados. En tal sentido, debe señalarse que el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1.994, conocido como Acuerdo Antidumping, fue incorporado al ordenamiento jurídico venezolano mediante Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech por el cual se estableció la Organización Mundial del Comercio¹³, pero con anterioridad a este acuerdo, desde 1992 estaba vigente la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional¹⁴ y el Reglamento de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional¹⁵. Principalmente, dichos instrumentos constituyen la base normativa especial aplicable por la materia a los procedimientos administrativos sobre prácticas desleales del comercio internacional.

12 El proceso de apertura comercial que se experimentaba en el mundo, se hizo sentir en Venezuela. Como consecuencia, los gobiernos venezolanos desde el año 1989, han llevado a cabo una política de apertura comercial, lo cual aunado a la reducción de las barreras arancelarias, generó la necesidad de crear instrumentos legales con la finalidad de regular mecanismos dirigidos a proteger a la producción nacional contra los efectos perjudiciales causados por las importaciones de determinados bienes, bien porque ingresan al mercado venezolano a precios discriminatorios (caso de dumping) o porque los fabricantes exportadores de dichos productos son beneficiarios de subsidios. MATHEUS RODRÍGUEZ, D., *Ley sobre Medidas de Salvaguardia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005. p. 27.

13 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* n° 4.829, Extraordinario, de fecha 29-12-94.

14 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* n° 4.441, Extraordinario, de fecha 18-06-92.

15 Publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* n° 4.567, Extraordinario, de fecha 26-04-93.

En el contexto de los conceptos introducidos, resulta oportuno mencionar que la legislación antidumping vigente, acoge expresamente el principio de la irretroactividad de los actos administrativos dirigidos a imponer derechos antidumping, pero además prevé algunos casos expresamente tasados en los cuales podrían aplicarse dichas medidas con efectos retroactivos. Dicha regulación, resulta sumamente interesante y pertinente para estudiar algunos casos de aplicación práctica de las excepciones al principio de la irretroactividad, concretamente en relación con los casos previstos en la ley.

Dada la manera tan explícita como está regulado el principio y las excepciones en el artículo 10 del Acuerdo antidumping, se hará mención en primer lugar a la consagración del principio de irretroactividad de los derechos antidumping, previsto en los siguientes términos:

[...]10.1 Sólo se aplicarán medidas provisionales o derechos antidumping a los productos que se declaren a consumo después de la fecha en que entre en vigor la decisión adoptada (...) con las excepciones que se indican en el presente artículo[...].

Adicionalmente, el artículo en referencia estipula en relación con casos excepcionales de aplicación retroactiva, la percepción definitiva de derechos antidumping cobrados de manera provisional en el curso de la investigación, cuando finalizado el procedimiento, se determine definitivamente la existencia de daño o de amenaza de daño a la producción nacional de bienes similares. También se estipula que si el derecho antidumping definitivo es superior al derecho provisional, no se exigirá la diferencia, pero si es inferior al provisional, se devolverá la diferencia. Cuando la determinación definitiva sea negativa, se restituirá todo depósito realizado en efectivo y se liberará toda fianza constituida, durante la vigencia de las medidas provisionales.

Como se observa, el artículo 10 prevé variadas situaciones que permiten, de manera excepcional aplicar retroactivamente un acto administrativo mediante el cual se imponen medidas antidumping, o mediante el cual se decide no imponer tales medidas. En relación con la finalidad perseguida mediante esas excepciones, en la página web oficial de la Organización Mundial del Comercio¹⁶ se señala que:

[...]reconociendo que el daño pudo haberse producido durante el período de la investigación, o que los exportadores pudieron haber adoptado medidas para evitar el establecimiento de un derecho antidumping, el artículo 10 contiene normas que prevén el establecimiento retroactivo de derechos antidumping en circunstancias determinadas[...].

Es importante tomar en cuenta que para todos los casos planteados, el dispositivo comentado estipula que no se percibirán retroactivamente derechos sobre los productos declarados a consumo antes de la fecha de inicio de la investigación.

Finalmente, el artículo 10 en su párrafo 6 prevé la posibilidad de aplicar retroactivamente un derecho antidumping definitivo sobre productos que se hayan declarado a consumo 90 días como máximo antes de la fecha de aplicación de medidas provisionales, cuando hayan antecedentes de dumping causante de daño, y que ese daño se deba a importaciones masivas de un producto objeto de dumping efectuadas en un lapso de tiempo relativamente corto y sea probable que socaven gravemente el efecto reparador del derecho antidumping definitivo que deba aplicarse.

En este punto del análisis, resulta pertinente citar algunos criterios que han sido desarrollados por la doctrina administrativa de la Comisión Antidumping y sobre Subsidios aplicando la norma de la irretroactividad de los derechos antidumping, así como las excep-

16 <http://www.wto.org>.

ciones legalmente estipuladas en el artículo 10. En tal sentido, cabe traer a colación la Decisión N° CASS-ADP-002/03, de fecha 30-05-03¹⁷ en la que se planteó lo siguiente:

[...]los supuestos de excepción previstos en el Acuerdo Antidumping, que permiten aplicar de forma retroactiva los efectos de un acto administrativo se limitan al período de sustanciación del caso, pero nunca circunscriben efectos retroactivos a un momento en el tiempo que esté fuera del período de sustanciación de la investigación[...].

Adicionalmente, como complemento de las razones que motivan la aplicación retroactiva de derechos antidumping, debe señalarse que de conformidad con el principio de libre comercio¹⁸ que inspira el conjunto de reglas de comercio codificadas en los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, los procedimientos antidumping no serán obstáculos para las operaciones aduaneras de despacho para consumo, relativas al bien sobre el cual verse la investigación¹⁹, por ese motivo existe el riesgo de que al poder importar libremente los bienes investigados, los importadores aceleren un proceso de acumulación de inventarios anticipadamente a la imposición de tales medidas, para evitar pagar derechos antidumping sobre mercancías importadas previamente a la vigencia de estos últimos. Ello evidencia la necesidad de aplicar retroactivamente medidas para evitar acciones de mala fe realizadas por parte de los administrados, resultando plenamente válida la aplicación de ese dispositivo legal para atender una situación específica que sería de difícil solución, a falta de una norma que expresamente la regule.

Si bien la norma bajo análisis prevé la posibilidad de que los derechos antidumping definitivos sean aplicados retroactivamente sobre productos declarados a consumo, hasta 90 días antes de la aplicación de medidas provisionales, pudiera darse el caso que el período que transcurre entre el inicio de la investigación y el momento en que se imponen los derechos antidumping provisionales se extendiera en el tiempo y abarcara incluso períodos anteriores al inicio mismo del procedimiento antidumping de investigación, en cuyo caso por prohibición expresa de la norma, no podrán percibirse derechos en un momento en el tiempo no abarcado por la investigación, es decir, cuando ni siquiera se había iniciado la misma.

VI. CONCLUSIONES

El principio de la irretroactividad de los actos administrativos tiende a preservar situaciones jurídicas de los administrados plenamente consolidadas, garantizando así seguridad jurídica y certeza acerca de la vigencia temporal de los actos administrativos.

A pesar de no estar expresamente previsto de manera directa tal principio, en Venezuela es indudable su vigencia y aplicación. El problema real radica en resolver las múltiples

17 La Decisión en referencia puede ser consultada en la página web: <http://www.cass.com.ve>. Igualmente, sobre este tema pueden ser consultadas, la Decisión N° 004/98, de fecha 21-08-98, y la Decisión N° 011/99, de fecha 07-05-99.

18 En relación con el libre comercio resulta oportuno citar lo señalado en la publicación "El comercio hacia el futuro". "La reducción de los obstáculos al comercio es uno de los medios más evidentes de alentar el comercio. Esos obstáculos incluyen los derechos de aduana (o aranceles) y ciertas medidas tales como las prohibiciones de importación o los contingentes que restringen selectivamente las cantidades importadas". Publicaciones de la OMC, Ginebra, 1998, p.6.

19 Artículo 5.9 del Acuerdo Antidumping en concordancia con el artículo 47 del la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional.

situaciones que la dinámica de la actividad administrativa impone y la dificultad de determinar con apego a las normas, la vigencia temporal de los actos administrativos de efectos particulares. La no regulación expresa a nivel legal del principio general, es incluso comprensible en Venezuela, si se considera que su aplicación a los actos administrativos deriva de la estipulación a nivel constitucional respecto de la irretroactividad de la ley.

De tal manera que, el problema de determinar la vigencia temporal de los actos se presenta ante situaciones muy específicas que ameritarían mayor claridad o tratamiento mediante normas que prácticamente no existen, presentándose así muy claramente evidenciado el problema que subyace en este tema: la disyuntiva entre la aplicación retroactiva de los actos administrativos cuando así sea requerido para responder a situaciones que lo requieren, y la preservación de la seguridad jurídica.

Ante tal disyuntiva y la falta de definición en las normas para atender casos específicos, la aplicación de las excepciones al principio de la irretroactividad debe respetar criterios como la no lesión de los derechos adquiridos y el beneficio de los administrados como factores de equilibrio.

Los criterios mencionados, considerados fundamentales, constituyen condiciones de procedencia en la aplicación de actos al pasado, pero además un límite puesto que las excepciones pudieran aplicarse en la medida que no afecten derechos de los administrados ya consolidados, claro está, siempre que la necesidad de aplicar un acto administrativo hacia el pasado no sea consecuencia de una actuación ilegal o de mala fe de los administrados pues de ser así, sería procedente la aplicación retroactiva del acto.

Con fundamento en la jurisprudencia del máximo tribunal, en Venezuela pueden considerarse principalmente los siguientes casos de excepción al principio de irretroactividad de los actos administrativos de efectos particulares: 1. Cuando la Ley expresamente autoriza la retroactividad; 2. Cuando la retroactividad es el efecto natural del acto; 3. Cuando los actos son dictados en sustitución de un acto anulado y siempre que no lesionen derechos adquiridos.

Una buena referencia de consagración expresa y directa del principio de irretroactividad de los actos administrativos y de sus excepciones, lo constituye la posibilidad de aplicar retroactivamente derechos antidumping, dado que así está previsto en el Acuerdo Antidumping. Dicha legislación, aplicable en Venezuela, regula prácticas cometidas en el comercio internacional, considerando para ello la dinámica y las situaciones de hecho que surgen en la actividad comercial, brindando así respecto de la aplicación retroactiva de derechos antidumping, respuestas claras ante un fenómeno con importantes consecuencias de tipo económico como son las prácticas desleales del comercio internacional.

BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO, J., *Tratado de derecho administrativo formal*, Editorial Vadell Hermanos, Caracas, 1998.

BALASSO, C., *Jurisprudencia sobre Actos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998.

BOCANEGRA, R., *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, Civitas Ediciones, S.L., España, 2004.

BREWER-CARÍAS, A., *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.

COMADIRA, J., *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.860, Diciembre de 1999.

Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 2000. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario*, N° 5.453, Marzo 24 de 2000

HERNÁNDEZ, E., *Revista de Derecho Público* N° 24, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, 1981. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela Extraordinario*, N° 2.818, Julio 1 de 1981.

Ley aprobatoria del Acuerdo de Marrakech por el cual se establece la Organización Mundial del Comercio, 1994. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4.829, Diciembre 29 de 1994.

Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional 1992. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela Extraordinario*, N° 4.441, Junio 18 de 1992.

MATHEUS, Duilio, *Ley sobre Medidas de Salvaguardia*, Colección de Textos Legislativos n° 32, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005

Revista de Derecho Público n° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983.

RONDÓN, H. et al., *Ley Orgánica de los Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005.

Organización Mundial del Comercio, “El comercio hacia el futuro”, Publicaciones de la OMC, Ginebra, 1998.

Secretaría del GATT. Los Resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales. Publicado por la Secretaría de GATT, Ginebra, 1994.

SUBRA, P. et al., *Los efectos y la ejecución de los actos Administrativos*, Ediciones FUNEDA, Caracas.

§39. LAS RECLAMACIONES EN EL SISTEMA DE SALUD ESPAÑOL

Zulima Sánchez Sánchez

Profesora de Derecho Administrativo
de la Universidad de Salamanca, España

I. ORÍGENES DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE RECLAMACIÓN Y QUEJA EN LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Nos encontramos en un momento de cambio social y científico. Los avances técnicos cada vez se hacen más patentes en el campo de la salud y su aplicación mejora día a día las condiciones de vida de los ciudadanos españoles.

Las democracias representativas se encuentran en una situación de crisis de legitimación de nuestros representantes. El descenso en la participación en las elecciones, el olvido en que caen los propios electores después de haberse producido esos procesos electorales provoca un desaliento y desconfianza en los representantes, pero también en la Administración.

A su vez se produce por el ciudadano una demanda más y más creciente de servicios que debe prestar el Estado, mediante su administración. Este exceso de demanda ha hecho que se produzca la llamada crisis fiscal del Estado o de gobernabilidad. La consecuencia directa es que muchas de las tareas que antes sólo realizaba el Estado, como podía ser en el ámbito de la salud, ahora se asumen por:

- *Entidades privadas*: capaces de ofrecer servicios en mejores condiciones que el Estado. En el caso de la sanidad los beneficios de los centros privados se pueden reflejar en la práctica desaparición de listas de espera, medicina preventiva, mayor comodidad e instalaciones aunque no de medios técnicos.
- *Asociaciones y voluntariado*: Cruz Roja, Médicos sin Fronteras, atención a víctimas de malos tratos...
- *Contratación administrativa*: concesión en la realización de ciertos servicios a empresas privadas a las que se subvenciona con fondos públicos bajo la supervisión e inspección del Estado. Por ejemplo centros subvencionados de la tercera edad.

Esta situación ha obligado a los estados a cambiar su regulación y sus relaciones con los ciudadanos en un afán de recuperar credibilidad. Para ello se intenta acercar lo más posible al ciudadano y a la Administración. Por esta razón se han introducido numerosas reformas en la normativa administrativa que es la que pone en contacto a poderes públicos y ciudadanos.

La primera reforma, llevada a cabo en el 2003, pasa por acercar los centros de decisión administrativa al ciudadano. Esto ha justificado la descentralización de materias que, como la sanidad, se encontraba históricamente en manos del Estado que centralizaba la política y la utilización de recursos sanitarios. Aunque estas transferencias competenciales obedecen a otros motivos es importante ese afán por acercar la administración sanitaria al ciudadano.

Otra reforma obliga a dotar de unos derechos a los ciudadanos frente a la administración. La Ley 30/92 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, recoge ese conjunto de derechos de los ciudadanos que deben ser aplicados en todas sus relaciones con la Administración y también en el sistema de salud.

Entre ellos se regulan principios como el de transparencia, que implica un deber de información; tratar a los ciudadanos con respeto y deferencia; permitir la participación del ciudadano en todo tipo de decisiones que le afecten. Este último derecho abrió las puertas para el reconocimiento del derecho de participación en múltiples sectores (policía, elaboración de normas, petición, sanidad...asuntos públicos locales)

Para que este elenco de derechos ciudadanos fueran una realidad en la práctica de la actuación administrativa fue necesario crear mecanismos que permitieran hacer efectivos esos derechos, por eso aparece el sistema de reclamaciones o sugerencias, quejas y recursos en vía administrativa previa y posterior revisión por los juzgados o tribunales. Este sistema de revisión de actos administrativos primero en sede administrativa y posteriormente por el poder judicial permite que no existan arbitrariedades administrativas en las resoluciones y que, de ser así, puedan ser detectadas y frenadas por los juzgados y tribunales de lo Contencioso-Administrativo, que funcionan de forma independiente a la administración ejerciendo una auténtica labor de control de poder ejecutivo y de la administración.

II. IMPORTANCIA DE LA RECLAMACIÓN Y QUEJA PARA EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA: UNA VISIÓN POSITIVA DE ESTA MATERIA

Es muy importante, para comprender la importancia de este derecho, descubrir el lugar que recientemente se le ha dado en la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Por su carácter básico, es en materia sanitaria el punto de partida del reconocimiento de los derechos de sus usuarios. En esta norma el derecho a reclamar aparece unido al de participación e información como derecho del usuario en el Sistema Nacional de Salud Español, recogido en el artículo 12 con la rúbrica: *Información en el Sistema Nacional de Salud*:

1. Además de los derechos reconocidos en los artículos anteriores, los pacientes y los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán derecho a recibir información sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos de acceso a ellos.
2. Los servicios de salud dispondrán en los centros y servicios sanitarios de una guía o carta de los servicios en la que se especifiquen los derechos y obligaciones de los usuarios, las prestaciones disponibles, las características asistenciales del centro o del servicio, y sus dotaciones de personal, instalaciones y medios técnicos. Se facilitará a todos los usuarios información sobre las guías de participación y sobre sugerencias y reclamaciones.
3. Cada servicio de salud regulará los procedimientos y los sistemas para garantizar el efectivo cumplimiento de las previsiones de este artículo.

La posibilidad de participar en la Administración Sanitaria mediante reclamaciones y quejas pretende abrir un mecanismo que facilita una relación más directa entre la Administración Sanitaria y el paciente o usuario en un doble sentido. Y ello porque no sólo se

reconoce la obligación por parte de la administración de informar al paciente sino que en esta relación entendemos que existe un correlativo deber del paciente o usuario de hacer notar a la Administración los fallos que dentro de ella se producen. Por tanto la posición del usuario del sistema de sanidad no es solo la de alguien que se beneficia de un servicio público (sanidad) sino que se encuentra situado en una posición de controlador o garante de que ese servicio se preste como legalmente está establecido en beneficio del interés general. Y es que el personal del sistema de salud y en especial el usuario del sistema de salud son los mejores controladores para advertir los fallos que se producen en el sistema.

En resumen: También podemos considerar este derecho a reclamar como una obligación cívica que permite un continuo control y beneficio para la Administración Sanitaria cuando éste se ejerce desde la coherencia y la mayoría de edad ciudadana o política.

III. NORMAS QUE REGULAN EL DERECHO DE RECLAMACIÓN Y QUEJA

La elaboración de unos derechos que comiencen a cambiar nuestro punto de vista sobre la administración en el ámbito sanitario se ha ido introduciendo poco a poco. Las normas van desde el ámbito supranacional al regional. Veremos cada uno de estas normas.

Este afán de defensa del ciudadano se regula en las *normas supranacionales*. Comienza en 1948, con la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas. Su concreción en el Derecho Sanitario aparece en la Declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa en 1994 que fue promovida por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud.

También se deben tener en cuenta El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (en vigor en 2000).

En nuestro país la *Ley General de Sanidad* que en su artículo 10 recoge un numeroso conjunto de derechos para los pacientes:

Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

...12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan.

Como consecuencia de todas estas normas, y a nuestro modo de entender con retraso, aparece la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esta norma regula todos estos derechos que se han ido otorgando al ciudadano en sus relaciones con la Administración enfocados en el ámbito sanitario.

Uno de los aspectos de especial trascendencia a la hora de estudiar la importancia que tiene esta norma en materia de reclamaciones y quejas es su carácter básico. En un principio no se tenía claro si debía tener o no dicho carácter, pero finalmente se recogió así en su disposición adicional primera. El carácter básico implica que esta norma -que hace referencia a cómo debe regularse el sistema de reclamación y queja- es de aplicación en todo el territorio nacional.

El desarrollo de los derechos de sugerencia y reclamación se establece en el artículo 12.3 que deja en manos de los Servicios de Salud la regulación y elaboración de normas que especifiquen los procedimientos y sistemas para garantizar este derecho a participar en la Administración sanitaria mediante sugerencias o reclamaciones.

Como esta norma es de reciente aplicación podemos decir que todavía puede haber lugares en los que la normativa no se haya desarrollado conforma a la nueva Ley, las normas que están en ese caso en vigor son:

- Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, artículo 10.12 (BOE N° 102, de 29 de abril)
- Resolución de 10 de junio de 1992, del secretario general para el sistema nacional de salud sobre normas para la gestión de las reclamaciones y sugerencias formuladas por los usuarios de la asistencia en el ámbito del INSALUD.

En cada comunidad autónoma si se ha regulado recientemente esta materia. En la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por ejemplo dos son las normas en las que encontramos referencias a estos derechos de reclamación y queja que siempre aparecen incluidos entre los demás derechos del paciente:

- Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud.
- Decreto relativo a las Guías de información al usuario y a los procedimientos de reclamación y sugerencia en el ámbito sanitario de cada Comunidad Autónoma. (en Castilla León, por ejemplo es el Decreto 40/2003, de 3 de abril)

IV. TITULARES DEL DERECHO

En el artículo 1 de la Ley reguladora de los Derechos de los Pacientes se diferencia entre pacientes y usuarios:

Paciente: la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud.

Usuario: la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria¹.

En ambos casos, como paciente o como usuario, se puede acceder al derecho que permite plantear sugerencias y reclamaciones.

También los *familiares* y acompañantes del paciente pueden ejercer el derecho así como el personal al servicio de la Administración Sanitaria siempre que las reclamaciones se refieran a cuestiones de personal.

A modo de ejemplo diremos que el Decreto 40/2003, de 3 de abril, relativo a las Guías de información al usuario y a los procedimientos de reclamación y sugerencia en el ámbito sanitario de Castilla y León en su artículo 4.1 dice que pueden utilizar estos procedimientos todas las personas. Término sumamente amplio y que permite que no sólo nacionales sino también extranjeros ejerciten el derecho, y no sólo pacientes. También los familiares disfrutan de tal derecho junto al personal sanitario.

¹ Definiciones según artículo 3 de la Ley 41/2002.

V. CRITERIOS A DISTINGUIR A LA HORA DE INTERPONER RECURSOS

Para realizar una reclamación ante una negligencia médica o una mala actuación por parte del personal del centro sanitario ya sea público o privado, hay que tener en cuenta aspectos tales como:

- *El tipo de centro*: si es un hospital, centro de salud o de especialidades. En nuestro ámbito autonómico el artículo 2 de decreto extiende la obligación a todos los centros, servicios y establecimientos de cualquier nivel, categoría y titularidad que se encuentren en el territorio de nuestra Comunidad Autónoma. Esta medida da un gran impulso y protección al derecho que ahora se puede ejercitar en cualquier ámbito reconociendo una situación que ya existía.

- *El tipo de daño o lesión y su gravedad*.

- Las diferentes *vías de reclamación*.

1. Tipo de centro

A. Sistema público de Salud

- Si la reclamación es en Atención Primaria (consultorios y centros de salud): hay que presentarla en el Libro de Reclamaciones del Centro de Salud o dirigirse a la inspección médica del centro.

- Si se trata de un centro hospitalario se presentará en el servicio de Atención al paciente. Siempre debe pedir una copia fechada y sellada de la reclamación al departamento correspondiente de la Comunidad Autónoma que tiene competencias en materia de sanitaria.

En estos supuestos las reclamaciones y sugerencias se interponen ante los Servicios de Atención al usuario y, si no existieran, ante los Servicios de Administración y otros órganos con funciones análogas. Por tanto, no se puede remitir al usuario a centros distintos o con entidad superior. En todo lugar en el que se preste asistencia sanitaria debe permitirse al ciudadano extender sus reclamaciones y sugerencias por lo que los impresos deben encontrarse en todo establecimiento público o concertado (actividades concertadas) del Sistema de Salud de la Comunidad Autónoma (artículo 12) y, en su caso, la reclamación podrá hacerse en un modelo no normalizado. Cuando se reciba se entregará o enviará una diligencia del mismo y se unirá el original a un ejemplar normalizado a efectos de tramitación.

Si se recibiera una reclamación en un centro diferente a aquel contra el que se interpone, se enviará en el menor plazo posible para su tramitación.

Por último, es obligación del personal recibir reclamaciones de forma verbal si las interponen personas con dificultad para escribir o de expresión o cuando alguien lo solicite.

B. Sistema privado de Salud

- Cuando se trata de una relación entre paciente/médico tenemos que presentar la reclamación en la entidad aseguradora.

- Si se trata de una relación asegurador/asegurado, se debe acudir a la Dirección General de Seguros o al departamento competente en materia de aseguradoras de cada comunidad autónoma.

Si en los centros hay una unidad dedicada a reclamaciones y sugerencias se pueden entregar allí si no se puede dirigir al responsable del centro. En estos centros también son obligatorios los modelos normalizados de presentación de escritos que deberán entregarse de forma gratuita al usuario (artículo 2).

En la práctica se han detectado incidencias en los centros privados. Algunos se negaban a dejar las hojas de reclamación, en otros no se tramitaban los escritos y nunca llegaban contestaciones a los ciudadanos... por eso, al detectarse estas incidencias por el usuario éste hará constar esa circunstancia en el escrito y podrá dirigir su reclamación al Servicio Territorial de Sanidad y Bienestar Social correspondiente. Pudiendo presentarlo en el registro de la Junta de Castilla y León art. 38.4 Ley 30/1992. La respuesta en 30 días desde que entra en el servicio.

2. Tipo de daño o lesión y su gravedad. Ejemplos más frecuentes de reclamaciones

Se pueden considerar poco graves los siguientes casos:

a) Disconformidad después de una estancia en el hospital: en estos casos lo mejor es dirigirse al Servicio de Atención al Paciente, un departamento presente en todos los centros hospitalarios.

En cuanto a la sanidad privada, lo más conveniente es dirigirse al responsable del centro, mejor por escrito, explicando el motivo de la queja y esperar su contestación.

Si no se recibe en un tiempo prudencial, el siguiente paso es acudir a los servicios de reclamación provinciales. Cuando la reclamación tiene que ver con la actuación médica o con el hospital concertado con la compañía de seguros, se debe reclamar tanto en el centro como en la entidad aseguradora.

b) También puede ocurrir que el problema sea en relación con el profesional o el hospital concertado con la compañía de seguros. En este caso la reclamación deberá dirigirse tanto al propio centro como a la entidad aseguradora.

c) El problema puede surgir con la aseguradora: discrepancias con la cobertura del seguro...etc; se debe acudir al Servicio de reclamaciones de la Dirección Gral. de Seguros (las resoluciones de estos organismos no son vinculantes).

d) Cuando los errores son tan graves que ocasionan perjuicios irreparables o de difícil solución, se recomienda acudir a la vía judicial, siempre y cuando no sea posible una solución de mutuo acuerdo y beneficiosa para el perjudicado. Lo mejor es consultar a un abogado especialista en temas médicos.

La Administración, en cuestiones de sanidad, tiene contratado un seguro de responsabilidad civil que cubre los daños ocasionados por el personal sanitario. Poniendo los hechos en conocimiento del órgano competente en la comunidad autónoma se abrirá la oportuna investigación y en el plazo de tres meses ésta deberá contestar.

VI. RECLAMACIONES MÁS FRECUENTES. CASUÍSTICA Y EJEMPLOS

Una de las quejas más comunes, como recoge una encuesta de Demoscopia, ‘es el escaso tiempo que el médico dispensa al enfermo, de lo que se quejan 9 de cada 10 españoles’. Algo que también confirma la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos, CESM, que advierte que la carencia de facultativos les obliga a atender a cuarenta pacientes por médico y día, a los que dedican una media de tres minutos a cada paciente.

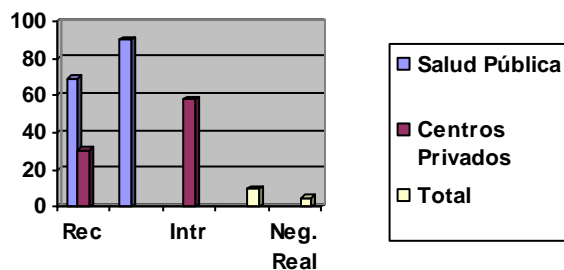
Pero, las quejas no sólo se refieren a las consultas ambulatorias, sino también a las estancias hospitalarias y a las intervenciones quirúrgicas. En 2004 el número de denuncias que llegaron a la Asociación Defensora del Paciente sobrepasó las 7.000. De ellas, un 31% se dirigía contra la sanidad privada, donde la mayoría de las reclamaciones tuvieron que ver con el intrusismo profesional. Las quejas a la sanidad privada afectaban, sobre todo, a las especialidades de cirugía estética, oftalmología y odontología.

Por lo que toca a la sanidad pública, las quejas están relacionadas con las listas de espera, infecciones adquiridas en los hospitales y la mala praxis en ginecología y obstetricia.

VII. CONCLUSIÓN

Sumando todas las denuncias, las del ámbito privado y las del ámbito público, 700 se produjeron como consecuencia del fallecimiento del enfermo. Y lo peor es que, de acuerdo con un reciente estudio elaborado por el ‘British Medical Journal’, ‘la mitad de los sucesos adversos podía haberse evitado’.

VIII. DATOS RECLAMACIONES AÑO 2004



Otro dato de interés es el tiempo que la Administración Sanitaria tarda en resolver. Las memorias que elaboraba el Ministerio de Sanidad arrojaban buenos resultados. Con independencia de cual fuera la respuesta, en los programas de calidad se acreditó que más de tres cuartas partes de las reclamaciones eran contestadas antes de un mes que es el plazo que establece la normativa reguladora.

IX. DIFERENCIAS ENTRE QUEJA O RECLAMACIÓN Y SUGERENCIA

Debemos diferenciar de forma clara reclamación de queja para ver si los diferentes motivos y vías de reclamación que antes hemos señalado deben comenzar mediante una mera sugerencia o por reclamación. La diferencia fundamental está en el fin que persigue una y otra:

1. Reclamación o queja

Se trata de la manifestación que el usuario realiza sobre los defectos de funcionamiento, estructura, recursos, organización, trato, asistencia u otras cuestiones análogas relativas a los centros, servicios y establecimientos así lo define, por ejemplo, el artículo 8.1 del Decreto que regula esta materia en Castilla y León.

Esta figura parece quedar vacía de contenido ya que la ley dice que no se entiende que la reclamación sea un recurso administrativo, con lo que sus efectos no son:

- Los de poner fin a esta vía para poder ir a la jurisdiccional.
- Los plazos son diferentes.
- El procedimiento de tramitación no cumple con las mismas garantías (vista del expediente, alegaciones, pruebas, audiencia pública y periodo conclusivo)
- Tampoco se entiende que esta figura sea una variedad en el ámbito sanitario del Derecho de Petición regulado por la LO 4/2001.

¿Qué finalidad puede tener esta figura? Parece que, aparte de vaciarse su contenido, puede incluso confundir al usuario, dado que la interposición de estos recursos no suspende los plazos para de otro tipo de recursos que abren la vía judicial. Siendo esto obligatorio para acudir a la vía administrativa puede suceder que, al final, no podamos presentar el recurso ante el juzgado por no haber agotado la vía administrativa previa.

Para evitar todo tipo de confusión, algunas normas advierten que si de estas reclamaciones se derivara una responsabilidad administrativa, penal o civil quien reciba estas reclamaciones y las clasifique lo debe poner en conocimiento de los cuerpos de inspección o de los responsables para que se inicie el correspondiente procedimiento administrativo o judicial.

Desde esta óptica la reclamación o queja pretende también el resarcimiento económico si se ha producido una lesión de los bienes o derechos de los particulares (un daño físico, una lesión, no haber sido tratado con respeto y deferencia...).

2. Sugerencias

Se trata de toda aquella propuesta que tenga por finalidad promover la mejora del grado de cumplimiento y observación de los derechos y deberes de los usuarios, del funcionamiento, organización y estructura de los centros, servicios o establecimientos, del ciudadano y atención a los usuarios y en general, de cualquier otra medida que suponga una mejora en la calidad o una mayor de satisfacción de las personas en sus relaciones con los centros, servicios o establecimientos.

La sugerencia responde más bien al ejercicio de derecho de petición por el cual el ciudadano se dirige a la Administración con el fin de solicitar algo que no tiene reconocido por ley o un derecho y que de forma graciable, le puede ser concedido por la Administración pero que en ningún caso obliga a ésta ni puede crear ningún tipo de expectativas en quien lo ejercita.

3. Conclusión

La reclamación aparece como consecuencia del derecho constitucional que obliga a que todo acto de la administración se sujete a la Ley y al derecho así como el principio de protección de los derechos e intereses de la persona mediante la tutela judicial efectiva. En el caso de que un derecho haya sido vulnerado por la Administración ésta deberá reconocer y garantizar ese derecho y si ya no fuera posible indemnizar resarcir económicamente al particular.

La sugerencia sólo pretenden poner en conocimiento de la Administración el mal funcionamiento de un servicio o proponer soluciones, opiniones o valoraciones personales que permitan conocer la opinión personal del usuario, paciente o trabajador de la Sanidad.

X. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE UNA QUEJA O SUGERENCIA

1. Contenido del escrito

El sistema de reclamaciones tiene su origen más inmediato en el sistema de consumo. En este ámbito no es poco frecuente que el impreso que se nos facilita para hacer la reclamación sea uno de sugerencias de la propia empresa y no el de reclamación sellado, foliado y numerado por consumo. La consecuencia es que las quejas no llegan a la inspección de consumo sino que quedan en el ámbito empresarial y no tienen ningún efecto de control o sancionador por parte de la administración.

Esta tendencia no sabemos si puede extenderse a la administración sanitaria o en los centros privados pero, en cualquier caso, será mejor utilizar impresos formalizados en los que aparezca el sello de la institución. Si no se hace así debemos tener claro cuál debe ser el contenido de un escrito tanto:

- si pretende informar a la Administración de una situación poco gravosa.
- si desea ser resarcido por ésta a causa de un mal funcionamiento en sus servicios.

Tanto las reclamaciones o quejas como las sugerencias exigen el carácter *escrito* y en ese documento debe constar, al menos: 1. Nombre y apellidos, número de DNI, lugar y medio preferente a efectos de notificaciones, fecha de la solicitud, identificación del Servicio o Centro contra el que se reclama, exposición de hechos y firma. Como antes explicamos es frecuente la utilización de impresos formalizados.

2. Información que se debe recopilar

Antes de iniciar el proceso es importante recopilar toda información que sea posible. En cualquier caso lo mejor es que dicha información sea por escrito:

La historia clínica del paciente, los informes efectuados así como la opinión de otros profesionales...

También puede ser de interés el aportar nombres y la declaración de testigos en el caso de que sea necesario (imaginemos una denuncia al personal sanitario por parte de un usuario del sistema de sanidad por no haber sido tratado con respeto y deferencia, es importante que haya personas que atestigüen tal conducta).

En el caso de denuncias sobre cuestiones graves siempre es importante contar con la ayuda de un profesional desde el principio, incluso a la hora de poner una reclamación en vía administrativa ante la Administración Sanitaria.

3. Procedimiento para la tramitación de una reclamación o sugerencia en establecimientos públicos

En este apartado se explicarán los pasos que deben seguirse por la administración sanitaria (servicio de atención al paciente u órgano encargado de resolver) a la hora de resolver una reclamación interpuesta ante la oficina de Atención al Paciente o ante el administrativo en los centros de atención primaria.

Recibida la reclamación o sugerencia se solicitan los informes correspondientes y recaban datos y pruebas por parte de la autoridad competente entre el personal sanitario.

En función de dichas pruebas se realiza una contestación en un plazo no superior a 30 días naturales. Cada norma autonómica regula, en su caso, los órganos que deben contestar.

En el caso de que no exista constelación en ese plazo o si ésta no es satisfactoria para los intereses del usuario se podrá repetir la reclamación o sugerencia ante la Gerencia de Salud de Área o ante el Director Gerente Regional de Salud (si la reclamación se refiere a competencias de la Gerencia de Atención Primaria o a la Gerencia de Atención Especializada). El plazo para recibir contestación es de 30 días y se remitirá copia de ésta a los centros a quienes afecten.

4. Procedimiento para la elaboración de una reclamación o sugerencia en establecimientos privados

Se realizarán las actuaciones necesarias para contestar en el plazo de 30 días.

Si la contestación no llega o no es satisfactoria se recurre ante el Servicio Territorial de Sanidad y bienestar Social que resolverá en 30 días enviando copia al centro privado

Los centros deben enviar cada 3 meses a ese órgano copia de las reclamaciones y sugerencias realizadas y sus contestaciones.

5. Contenido de la contestación a la reclamación

En la contestación debe aparecer:

- El motivo de la reclamación.
- Actuaciones realizadas.
- Decisión motivada que contendrá:
 - Medidas u órdenes adoptadas para subsanar la anomalía o aceptando la sugerencia
 - Remisión de lo actuado al órgano competente si exceden de la competencia para iniciar un proceso.
 - Archivo por no haberse advertido las anomalías referidas o no entenderse procedentes las propuestas realizadas.

XI. CÓMO PRESENTAR RECLAMACIONES Y DENUNCIAS EN VÍA JUDICIAL

En el caso de que se haya cursado una reclamación y no hayamos obtenido respuesta o ésta no sea satisfactoria existen tres vías diferentes para exigir responsabilidades por los daños producidos en los centros sanitarios: civil, penal y contencioso-administrativa.

Según el gabinete de abogados de la Confederación Estatal de Consumidores y Usuarios, CECU, a la hora de decidirse por una y otra vía no se pueden dar unas pautas generales, pues cada caso debe tratarse de forma particular e individualizada.

Algo semejante opinan desde la Asociación Defensora del Paciente, ADEPA, donde, sin embargo, se precisa que 'aunque las dos primeras son las más utilizadas, lo mejor es consultar con un abogado sobre los beneficios de la vía civil cuando se pretende una indemnización por parte del médico que ha cometido una negligencia'. 'Además, -añade- ha de considerarse la rapidez y casi gratuidad de la vía social y las ventajas de la víctima si se constituye en parte'.

Las vías judiciales a las que tenemos que recurrir son:

- *Vía Civil*: va dirigida a exigir una indemnización económica de los responsables en el caso de irregularidades en centros privados. Es necesario probar el daño y relación causa-efecto entre la intervención del facultativo y los daños ocasionados al paciente.

- *Vía Penal*: esta vía permite iniciar posteriormente la vía civil en el caso de irregularidades en centros privados o la vía contencioso-administrativa si el centro en el que se produjo la anomalía es público, tanto si el médico o profesional ha sido absuelto como condenado. La vía penal puede conllevar la inhabilitación del profesional y su ingreso en prisión. Hay que probar, como en el caso anterior, la relación de causalidad entre el acto médico y el daño sufrido por el paciente y que las actuaciones, sean delitos o faltas previstas por el código penal.

- *Vía de lo contencioso-administrativo*: se realizará esta reclamación cuando se refiere al funcionamiento de un centro hospitalario o cualquier irregularidad que se produzca en un centro público. Nos tenemos que dirigir al servicio de Atención al Paciente, que nos dará un impreso para realizar la reclamación y agotar, así, la vía previa administrativa antes de acudir a la jurisdicción contenciosa.

XII. CONCLUSIÓN

Este complejo sistema de reclamaciones goza de una gran eficacia práctica. Sin duda se trata de un gran avance en el reconocimiento de derechos del administrado. La sanidad española es eminentemente pública, son estos centros los mejor equipados profesional y técnicamente. Esta situación hace que las irregularidades que se detectan en la sanidad española deban solventarse en vía administrativa, dado que se trata de un servicio administrativo sometido a las normas que rigen las actuaciones de la Administración Pública.

Por este motivo la mayor parte de las reclamaciones terminan en reclamaciones en vía jurisdiccional Contencioso-administrativa. Desde que, en 1998 se aprobara la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, y en 2003 se ampliaran las competencias de los juzgados del Contencioso-Administrativo, estas situaciones están siendo revisadas por juzgados unipersonales con unos resultados excelentes en cuanto a celeridad y reconocimiento de derechos del paciente. Podemos concluir afirmando que, una vez más, el control del poder judicial sobre el ejecutivo y la administración no es sólo esencial para el buen funcionamiento de las políticas de los Estados democráticos, sino que es imprescindible para los ciudadanos en sus relaciones con la administración y para que éstos accedan en condiciones de verdadera igualdad a los servicios que presta la administración y más aún cuando el servicio prestado por ésta es tan básico, trascendente y elemental como el derecho a la salud.

§40. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO APLICADA A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

María Verónica Espina Molina

Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello

Nuestra legislación no tutela los supuestos derechos de las personas que celebran convenios para luego intentar no cumplirlos, alegando formalismos o incumplimientos de obligaciones secundarias que no hizo valer oportunamente en perjuicio de la contraparte que tenía confianza legítima en los convenios celebrados, y en este caso concreto, luego de haber sido ejecutado el contrato.¹

I. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de aplicación a los contratos administrativos de la excepción de contrato no cumplido, opuesta ya sea por la Administración o por el particular, ha sido un tema que ha evolucionado en Venezuela con cierta lentitud. Mientras en países como Colombia, Argentina, Francia y España las cortes no dudan en que la *exceptio non adimpleti contractus* es aplicable excepcionalmente a los contratos administrativos, guardando ciertos límites, en Venezuela, la jurisprudencia nacional fue muy reticente al respecto y siguen habiendo aun ciertas imprecisiones sobre sus requisitos de procedencia. En Venezuela nos topamos con sentencias contradictorias sobre este tema, pero sí vemos cierto desarrollo sobre la necesidad de que esta excepción sea aplicada a los contratos administrativos.

Sin embargo, la jurisprudencia venezolana no ha sido del todo negativa, y en ocasiones los tribunales han sentenciado que los particulares que contratan con la Administración, y ésta misma, pueden invocar la referida excepción, dentro de ciertos límites. Si bien aplaudimos que actualmente el Tribunal Supremo de Justicia, tácitamente ha admitido dicha posibilidad, lamentamos que no haya puesto fin a esas dudas que siguen ensombreciendo la posibilidad de aplicación de la *exceptio* en los contratos administrativos, siendo que la propia Administración aun duda de su aplicación y de cuáles son sus condiciones de procedencia.

Abordaremos el tema primero revisando las condiciones de procedencia de este tipo de defensa en el cumplimiento de los contratos en general, para determinar si, objetivamente, esta excepción puede ser aplicada a los contratos administrativos, para luego concluir sobre la base de la elaboración de la doctrina y jurisprudencia extranjeras y nacionales cuáles son los límites dentro de los cuales sería aplicable la *exceptio non adimpleti contractus* a los contratos donde esté envuelto el interés general.

¹ Sentencia del 28 de enero de 1999, Sala Político Administrativa, Corte Suprema de Justicia, Magistrado ponente Humberto La Roche, caso *Constructora Manacon*.

Este es un tema que siempre se ha discutido desde el punto de vista de la posibilidad del particular que contrata con la Administración de oponer este tipo de excepción. Esto ha sido así, porque la exclusión de la misma se ha erigido como un privilegio más de los tantos con los que cuenta la Administración Pública. Pero esto no quiere decir que la Administración no pueda valerse de la referida defensa ante un eventual incumplimiento del particular que contrata con ella. Las reflexiones que haremos, aunque principalmente referidas a la posibilidad de que el concesionario de la Administración oponga la *exceptio*, son válidas también para que la Administración Pública la invoque.

II. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

1. Definición

Es importante comenzar a abordar el tema analizando en qué consiste la *exceptio non adimpleti contractus* y analizar cómo opera y bajo qué circunstancias, según las disposiciones de nuestro Código Civil, para luego determinar si dicha institución es compatible con los contratos administrativos.

Nuestro ordenamiento jurídico prevé la referida excepción, concretamente en el Código Civil, el cual la recogió en el artículo 1.168 en los siguientes términos: “[e]n los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones.” La excepción de contrato no cumplido es una excepción que exime a quien la invoca, de cumplir con la obligación que su co-contratante le exige, visto que este último incumplió primero, voluntaria o involuntariamente, con su obligación.

La oposición de la excepción tiene como efecto que la actuación de quien la invoca, no se considere un incumplimiento del contrato. Así lo ha entendido la doctrina nacional más reconocida en la materia: “[l]a excepción [de contrato no cumplido] consiste apenas en un instrumento ofrecido como defensa al deudor para extinguir la posibilidad de que se califique como incumplimiento su negativa a cumplir su propia obligación, sin afectar el vínculo contractual en sí mismo.”²

La *exceptio non adimpleti contractus* no tiene como fin o propósito la resolución del contrato, el *animus* de quien la invoca es continuar la relación contractual, siendo que lo que busca es que simplemente se suspenda su obligación de cumplir, de manera que su negativa no sea interpretada como un incumplimiento del contrato.

2. Condiciones de procedencia de la excepción de contrato no cumplido según la legislación venezolana

Según el artículo 1.168 del Código Civil, hay ciertas condiciones cuya verificación es necesaria para que proceda la *exceptio*. Analizaremos una a una y revisaremos la posibilidad de que dichas condiciones puedan verificarse en un contrato administrativo.

2 MELICH ORSINI, José, *Doctrina General del Contrato*, 3ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pp. 775 y 776.

A. Necesidad de un contrato bilateral e interdependencia de las obligaciones

En primer lugar, es necesario que se esté en presencia de un contrato bilateral, es decir, un contrato en que las partes se obligan recíprocamente. Debe tratarse pues, de un contrato en donde estén previstas prestaciones recíprocas en cabeza de cada una de las partes contratantes. Los contratos administrativos son contratos bilaterales, el clásico contrato administrativo de servicio público es un buen ejemplo. En éstos, tanto el concesionario como la Administración concedente se obligan mutuamente a ciertas prestaciones, lo mismo sucede con los contratos de obras públicas.

Ahora bien, tal y como la doctrina ha señalado, no sólo se requiere que se trate de un contrato bilateral, sino que es necesario que las obligaciones respecto de las cuales se invoca la excepción, sean interdependientes, es decir, que si una se incumple, ésta tiene una incidencia tal, que la otra necesariamente será incumplida.

Que las obligaciones surgidas de la relación contractual sean dependientes la una de la otra no sólo en la fase de su nacimiento, sino en la fase de su ejecución, de modo que si la obligación de una de las partes llegare a faltar (voluntaria o involuntariamente) la otra parte tendría el derecho a pretenderse liberada de su obligación (resolución) o de rehusar el cumplimiento de la misma hasta tanto que la otra parte no cumpla a su vez con la suya (exceptio).³

(Resaltado mío)

Se trata pues de que exista un nexo de causalidad entre los incumplimientos: “el incumplimiento del *excipiens* debe ser causal y debe derivar objetivamente de aquél del no cumplimiento del otro contrayente”.⁴ En otras palabras, es necesario que el incumplimiento del primero que debía cumplir sea la causa que origina el incumplimiento de quien invoca la excepción de contrato no cumplido.

B. Necesidad de un incumplimiento previo

En segundo lugar, necesariamente debe existir un incumplimiento previo de la parte a quien se le opone la *exceptio* y que a su vez demanda el cumplimiento al *excipiens*; o que “ambas obligaciones deban cumplirse simultáneamente o al menos que la del *excipiens* no debe cumplirse con anterioridad a la de su contraparte”.⁵

Es decir, antes de invocar la excepción de contrato no cumplido, es necesario que la otra parte *haya incumplido primero su obligación* (interdependiente de la que ahora la contraparte quiere eximirse de cumplir), o a todo evento, que deban cumplirse simultáneamente y que además la parte esté exigiendo su cumplimiento. Esto último resulta evidente, pues si el co-contratante que incumplió no exige el cumplimiento de la obligación pendiente, entonces no hay necesidad alguna de invocar la excepción. No debemos olvidar que la institución que analizamos es una excepción, y en consecuencia es una defensa ante un requerimiento previo.

Es sumamente importante llamar la atención sobre lo que señala el Dr. Melich Orsini en cuanto a que el incumplimiento previo no necesariamente tiene que ser voluntario, sino que puede ser producto de un hecho externo y ajeno a quien incumplió (como la

3 *Ibid.*, pp. 776 y 777.

4 *Ibid.*, p. 784.

5 *Ibid.*, p. 780

fuerza mayor, el Hecho del Príncipe, etc.). Pero esto último no impide al *excipiens* oponer la excepción. Así, basta el simple incumplimiento previo de quien exige la prestación (sea cual sea la causa de dicho incumplimiento, voluntario o involuntario), para que la excepción sea oponible.

C. Naturaleza de las obligaciones y gravedad del incumplimiento

En tercer lugar, es importante acotar que no es necesario que las obligaciones sean de la misma naturaleza para que la excepción opere, el autor citado entiende que una de las obligaciones puede ser de “dar” y la otra de “hacer” o de “no hacer”, o ambas de la misma naturaleza, lo cual resulta irrelevante para la invocación de la excepción.

En materia civil, pareciera que tampoco la entidad del incumplimiento es relevante a los fines de la procedencia de la excepción, siendo que aun cuando los incumplimientos no sean equivalentes, en la medida en que las obligaciones sean interdependientes, la excepción puede ser opuesta.

3. Consecuencias de la invocación de la excepción de contrato no cumplido

Ahora, ¿cuál es el efecto de invocar la *exceptio non adimpleti contractus*? Como dijimos *supra* el propósito de esta excepción no es la resolución del contrato, sino la de evitar que la conducta de negarse a cumplir la obligación que se exige, sea tomada como un incumplimiento del contrato.

La excepción excluye el deber de cumplir a cargo del *excipiens*, hasta tanto que su contraparte no haya cumplido con su obligación. La oposición de la excepción justificadamente tiene, pues, efectos similares a los de un retardo justificado en el cumplimiento de la propia obligación, ya que al cumplir la otra parte, cesa automáticamente la justificación de la omisión del propio cumplimiento.⁶

De manera que estamos ante una excepción que no busca afectar al vínculo contractual, pues, lejos de querer resolverlo, busca mantenerlo a pesar del retardo en el cumplimiento. En materia civil, el efecto es sencillo, suspende la obligación de cumplir hasta que la parte que incumplió primero, cumpla. Pero en materia administrativa tendría un efecto adicional a éste, pues afectaría la potestad sancionatoria de la Administración.

Si el particular contratante opone la excepción y ésta procede, no sólo se suspende su obligación de cumplir, sino que se está admitiendo que su negativa a cumplir no puede ser considerada un incumplimiento, en consecuencia, no podría la Administración Pública sancionar al particular por un incumplimiento (que por una ficción legal no lo es) que tiene su origen en el incumplimiento previo de aquélla. La Administración pierde entonces, la posibilidad de sancionar al concesionario en estos supuestos.

Ahora bien, una vez analizadas las condiciones de procedencia de la excepción de contrato no cumplido, nada obsta para que los requisitos aquí explicados estén presentes en un contrato administrativo. Pasemos a analizar en qué términos podría aplicarse la excepción bajo análisis en materia administrativa y los requisitos adicionales exigidos para que la misma proceda.

6 *Ibid.*, p. 787.

III. APLICABILIDAD DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Originalmente, ni la doctrina, ni la jurisprudencia venezolanas aceptaron la aplicación de esta excepción a los contratos administrativos, por una razón muy sencilla. Se entendía que si un particular contrataba con la Administración a través de un contrato administrativo, en donde evidentemente estaba involucrado el interés general, éste debía privar sobre el interés particular que se vería sacrificado en aras de preservar el interés del colectivo. De forma que el particular no podía excusarse en cumplir con sus obligaciones, pues ello redundaría en una clara afectación de ese interés general involucrado, siendo la no aplicación de esta excepción una manifestación de uno de los tantos privilegios con que contaba la Administración Pública contratante.

En esas primeras sentencias, si bien se tomaba en cuenta el interés general involucrado en los contratos administrativos, no había referencia alguna al interés privado que animaba la contratación del particular y que merecía ser tutelado. Se admitía solamente la posibilidad de demandar las indemnizaciones debidas por los incumplimientos incurridos por parte de la Administración Pública.

El desarrollo jurisprudencial en esta materia se ha verificado principalmente con ocasión de demandas en razón de que la Administración Pública deja de cumplir con su obligación de pago y quebranta el equilibrio económico financiero del contrato. Nuestros magistrados se han visto en la necesidad de decidir si un concesionario que incumple como producto del incumplimiento previo de pago de la Administración contratante, puede justificar legítimamente ese incumplimiento oponiendo la excepción bajo análisis, aun cuando se vea directamente afectado el interés general.

Como consecuencia de lo anterior, poco a poco, tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron entendiendo que el concesionario, si bien coadyuva a la tutela del interés público, lo anima a contratar un fin de lucro, interés particular que también es tutelado por el ordenamiento jurídico y que muestra su garantía principal, pero no única, en el equilibrio económico financiero del contrato. Cuando éste es quebrantado por incumplimientos de la Administración, nace en el concesionario el derecho a que se le restablezca y a todo evento, a negarse a continuar cumpliendo hasta tanto la Administración cumpla su obligación.

1. Aplicabilidad de la excepción de contrato no cumplido en los contratos administrativos en el Derecho Comparado

La jurisprudencia comparada ha sido muy fructífera en el tratamiento de la *exceptio* en los contratos administrativos y ya países como Colombia, Argentina y España han sentado bases sólidas acerca de la posibilidad de que el concesionario o la Administración invoquen la excepción *in commento* para excusarse en su cumplimiento, mientras la otra parte cumple primero.

Así, en Colombia, el Consejo de Estado, en jurisprudencia reiterada ha señalado:

Luego de una importante división jurisprudencial y doctrinal en torno a la aplicación de esa excepción, de origen *ius privatista*, respecto de los contratos estatales, la jurisprudencia de esta Corporación la acogió en desarrollo de los principios de equidad y buena fe que la sustentan, mediante un tratamiento más riguroso frente a su aplicación, en consideración a la prevalencia del in-

terés público que orienta la contratación estatal. Así, en sentencia proferida el 31 de enero de 1991, expediente 4739, la Sala explicó: “No obstante la perspectiva jurídica anterior, la Sala se inclina por la tesis de quienes predicán que la *exceptio non adimpleti contractus* sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio de interés público que informa el contrato administrativo. *El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos.* Así, y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina. A estos extremos no se puede llegar, pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como el de la buena fe, la justicia, etc., lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto, el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la *exceptio non adimpleti contractus* se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable o no.”⁷ (Mayúsculas de la sentencia y cursivas mías)

Para el Consejo de Estado de Colombia se requiere entonces que el incumplimiento de la parte sea de tal entidad que haga razonablemente imposible al *excipiens* el cumplimiento de su obligación. La gravedad consiste justamente en la imposibilidad de cumplir que tiene la parte.

Este mismo razonamiento fue el seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, quien en su Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Federal señaló:

Tratándose de contratos administrativos, “cuando el incumplimiento en que incurriera el Estado fuera de tal magnitud que práctica y razonablemente imposibilite a su cocontratante el cumplimiento de sus obligaciones, el incumplimiento del contrato por parte del cocontratante debe considerarse como un derecho de éste. (Confr., 5 de septiembre de 1989, “Cinplast”)⁸

En este mismo sentido se pronuncia la doctrina argentina, representada por Bercaitz, quien señala:

La falta de cumplimiento por la Administración, dentro de los plazos contractualmente establecidos, al pago de las prestaciones económicas a su cargo mediante las cuales el cocontratante estará en condiciones de cumplir el servicio, de realizar la obra o el suministro, es evidente que constituye una violación del contrato. *Tal conducta, cuando asume caracteres graves, autoriza al contratista del Estado, no sólo para oponer la exceptio non adimpleti contractus, o las defensas que señala Escola y a que nos hemos referido antes, sino inclusive para demandar su rescisión.*⁹

(Cursivas mías)

Por su parte, en España, el profesor Sáinz Moreno hizo un gran aporte en esta materia concluyendo la posibilidad de que la excepción de contrato no cumplido fuera aplicada a los contratos administrativos. Al respecto estableció:

⁷ Fallo del 15 de marzo de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejo de Estado de Colombia, Consejero ponente Ricardo HOYOS DUQUE, caso *Hernán RUÍZ BERMÚDEZ*, disponible en www.ramajudicial.gov.co; INTERNET.

⁸ Sentencia del 29 de noviembre de 1994, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Federal, Sala IV, Corte Suprema de Justicia de la Nación; disponible en www.cjn.gov.ar; INTERNET.

⁹ Bercaitz, Miguel Angel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 372.

...el contratista puede oponer frente a la Administración incumplidora la *exceptio non adimpleti contractus*, cuando la negativa de la Administración a consentir la suspensión del servicio conduce a su ruina, de modo que tal negativa no se funda en el ejercicio normal del derecho a mantener la continuidad del servicio sino en un uso abusivo de tal derecho que excede los límites de la buena fe y que puede, incluso, se calificarlo de doloso¹⁰. (Cursivas del autor)

La doctrina analizada es conteste en que la *exceptio* bajo análisis puede ser invocada sólo excepcionalmente en los contratos administrativos. Estamos de acuerdo en que un uso indiscriminado, sin límites claros, de la excepción de contrato no cumplido en un contrato administrativo, desnaturalizaría su propósito y razón.

El aporte de la doctrina y jurisprudencia extranjeras ha sido muy importante en cuanto a establecer qué tipo de incumplimiento permite la oposición de la excepción. Se trata de un incumplimiento grave, a tal punto que haga imposible para el concesionario continuar ejecutando el contrato. Ahora bien, nos preguntamos, ¿la imposibilidad de cumplir a la que se han referido la doctrina y jurisprudencia es una imposibilidad absoluta de cumplimiento? Ninguno aclara tal circunstancia, sino que se limitan a señalar que en la medida que el concesionario se vea imposibilitado de continuar cumpliendo sus obligaciones, en esa medida es oponible la *exceptio*.

A nuestro entender, dicha imposibilidad de cumplimiento debe interpretarse en el sentido de que abarque incluso una imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones *en los términos pactados originalmente*, y no sólo una imposibilidad absoluta de continuar ejecutando el contrato. De lo contrario el concesionario se vería completamente desprotegido ante la posibilidad de continuar cumpliendo el contrato no ya en los términos pactados, y que la Administración considere que el particular está incumpliendo el contrato, como en efecto, y lo sancione; sin que éste pueda alegar en su defensa el incumplimiento previo de su co-contratante, por la razón de que no hay una imposibilidad absoluta de continuar cumpliéndolo.

2. Evolución jurisprudencial en Venezuela sobre la aplicación de la excepción de contrato no cumplido a los contratos administrativos

En una primera fase, la Corte Federal y de Casación en lo que se conoce como el primer precedente en materia de contratos administrativos, negó de plano la posibilidad de que la *exceptio* se aplicara a contratos administrativos:

Se considera como regla esencial en la ejecución de los contratos administrativos, que el interés general del funcionamiento regular del servicio público en relación con el contrato no debe ser comprometido por el interés privado del otro contratante. Y lo que se dice en este punto con respecto al concesionario de un servicio público, se aplica también a los contratistas de Obras Públicas, en las cuales está interesado un servicio público, como lo es en el caso de autos la construcción de las Obras Portuarias, y una de las razones de esta regla es que el contratista ha aceptado ser en cierto modo un colaborador del servicio público, un coagente, que al menos ha aceptado una subordinación de su actividad al interés general o colectivo en la buena y rápida ejecución de las obras destinadas al servicio, caso muy distinto del de los contratantes particulares.

(Omissis)

10 SÁINZ MORENO, Fernando, "La *exceptio non adimpleti contractus* en la contratación administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*. Cd Rom, Tomo 1-100, Editorial Civitas, Madrid, 1974-1998, p. 4.

Antes de examinar este alegato (excepción de contrato no cumplido) en su aplicación al caso concreto, se impone dejar asentados algunos principios, y en primer término cabe observar que en la más reciente doctrina algunos autores sostienen que en *los contratos administrativos que interesan a algún servicio público, el particular contratista no puede oponer a la autoridad pública con quien ha contratado la regla inadimplenti non est adimplendum, partiendo no sólo del carácter de subordinación de la actividad del Contratista, al supremo interés público del servicio, que autoriza, como se ha visto, no considerar intangible el contrato cuando dicho interés lo exige, sino también partiendo de un nuevo concepto de la causa en los contratos bilaterales cuando se trata de contratos administrativos de la índole ya indicada.*¹¹ (Cursivas mías)

El razonamiento de la Corte se basó en el hecho de que el interés general está siempre por encima del interés particular, y que el particular al contratar con la Administración acepta ser su colaborador en la tutela de ese interés público envuelto en la ejecución de una obra o de un servicio públicos, no importa las consecuencias que devengan de tal colaboración.

En 1983, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, reiteró el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Federal y de Casación en el año 1954, que a su vez acogió el de la citada sentencia “Astilleros La Guaria”, y una vez más desechó de plano la posibilidad de que el concesionario invocara la *exceptio*. Pero en esta sentencia, la Corte Suprema introdujo otro elemento que justificaba dicha decisión:

Los particulares contratantes quedan, a su vez, protegidos en ese género de convenciones gracias a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, *en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento por la administración de las cláusulas convenidas . . . es compensada con la correspondiente indemnización al particular de los daños y perjuicios que pudieren haberse ocasionado.*¹² (Cursivas mías)

A decir de la Corte Suprema de Justicia, la no aplicación a los contratos administrativos de la excepción que comentamos, se ve justificada y atenuada con las indemnizaciones a que el particular tiene derecho en caso de incumplimientos de la Administración, todo en aras de preservar el equilibrio económico financiero del contrato. Si bien es cierto que ante incumplimientos de la Administración que generen daños al concesionario, procede indiscutiblemente una indemnización, esto no debe excluir la posibilidad de invocar la excepción de contrato no cumplido. Una cosa es el derecho a que se indemnicen los daños causados por un incumplimiento y otra es la posibilidad de eximirse de cumplir por imposibilidad de continuar prestando el servicio o realizado el objeto del contrato -aun cuando ya se hayan compensado daños- como consecuencia del incumplimiento de la Administración.

Este criterio fue reiterado por la Corte Suprema de Justicia, pero no fue hasta el año 1999 cuando el razonamiento jurisprudencial ahondó verdaderamente en el asunto y por fin admitió con contundencia que, excepcionalmente, sí era aplicable a los contratos administrativos la excepción de contrato no cumplido. La Corte Suprema de Justicia señaló: “[n]o todo incumplimiento puede fundamentar la excepción ‘*non adimpleti con-*

11 Sentencia del 5 de diciembre de 1944, Sala Federal, Corte Federal y de Casación, Ponente Dr. Pedro ARISMENDI, caso *La Nación vs. Compañía Anónima N.V. Aannemersbedrijf voorhen T. den Brejen Van Den Bout, Gaceta Forense*, sentencia n° 40, pp. 285 y 290. (Caso también conocido como “Astilleros La Guaria”, pues involucraba un contrato para ejecutar unas mejoras el puerto de La Guaira).

12 Sentencia del 14 de junio de 1983, Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado ponente Luis H. FARIAS MATA, caso *Acción Comercial, S.A.*; ORTIZ ÁLVAREZ, Luis, MASCETTI, Giovanna, *Jurisprudencia Contratos Administrativos*, (1989-1999), Editorial Sherwood, Caracas, 1999, p. 523.

tractus?. Se requiere que se trate de un incumplimiento de cierta gravedad, basándose para ello en la presunta voluntad de las partes contratantes.”¹³.

Luego de este último precedente que significó un extraordinario avance en la materia, nuestro Máximo Tribunal tuvo algunos vaivenes y posteriormente en otros casos desechó de plano la posibilidad de la aplicación de la referida excepción a los contratos administrativos¹⁴, retomando la idea de que el interés general envuelto excluía de plano la posibilidad de oponer la excepción de contrato no cumplido.

Sin embargo, a la fecha, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha conocido en varias oportunidades casos en lo que se ha opuesto la referida excepción por la Administración, entrando a conocer si los requisitos necesarios para que ésta opere se encuentran dados en el caso; admitiendo de esta manera su aplicación en los contratos administrativos, aun cuando ha desechado la procedencia por no estar dados los extremos de ley¹⁵.

De manera que actualmente en Venezuela, la jurisprudencia ha admitido excepcionalmente la posibilidad de aplicación de las tantas veces nombrada *exceptio* en los contratos administrativos, pero pasemos ahora analizar cuáles con las condiciones especiales impuestas para su procedencia cuando se trata de este tipo de contratos.

Así como cuáles de los requisitos elaborados por la doctrina y jurisprudencia extranjeras podrían adoptarse para tener una construcción más sólida sobre cuándo procede una excepción como la *non adimpleti contractus* en materia de contratos administrativos.

3. Condiciones de procedencia

Nuestra jurisprudencia, más o menos en la misma línea de los criterios doctrinarios y jurisprudenciales extranjeros a los que hicimos referencia en la sección 1 del presente capítulo, ha adoptado como regla la necesidad de que el incumplimiento previo de contra quien se opone la excepción, sea un incumplimiento grave.

Evidentemente, este requisito será necesario además de los requisitos objetivos de procedencia establecidos en el artículo 1.168 del Código Civil ya analizados.

13 Sentencia del 28 de enero de 1999, Sala Político Administrativa, Corte Suprema de Justicia, Magistrado ponente Humberto LA ROCHE, caso *Constructora Manacon*, Luis ORTIZ ÁLVAREZ. . . *op. cit.*, pp. 618 y 619.

14 En decisión de fecha 30 de marzo de 2000 la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia señaló: “[a]dicionalmente, la Sala observa que la defensa esgrimida por la demandada PEDARCA se encuadra dentro de las previsiones de la excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus*. En efecto, nótese que la demanda ha argumentado que su incumplimiento obedece, precisamente a los supuestos incumplimientos del Ministerio de Obras Públicas. Sobre este particular, es bueno advertir que cuando la Administración reclama del co-contratante el cumplimiento de alguna previsión contenida en un contrato administrativo, éste queda imposibilitado para oponer la excepción antes dicha, bastando citar para ello la decisión de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1045 (*Astilleros La Guaria*) y las subsecuentes decisiones emanadas de esta Sala que ratificaron este criterio.” (Cursivas de la sentencia) (Caso *Pedarca*). Pasó por alto esta sentencia el precedente dictado por esa misma Sala en 1999 (caso *Constructora Manacon* antes citado) en el que estableció la posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* en un contrato administrativo.

15 V., sentencia del 19 de noviembre de 2003, Sala Político Administrativa, Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado ponente Levis Ignacio ZERPA, caso *Consortio Nacional Aeromapas Seravenca, C.A. vs. Fundacomún*.

4. La gravedad del incumplimiento previo

El enunciado anterior postula que cuando de contratos administrativos se trata, no cualquier incumplimiento activa la aplicación de la excepción contrato no cumplido, sino que ha de tratarse de un incumplimiento grave. Al referirnos a las condiciones de procedencia de la *exceptio* en materia civil, señalamos que no es necesario que el incumplimiento de que se trate sea de determinada proporción o gravedad, sino que sólo es relevante que las obligaciones sean interdependientes y que exista un incumplimiento previo.

Sin embargo, en materia administrativa sí se requiere que el incumplimiento previo que activará la oposición de la excepción, sea un incumplimiento de cierta importancia, un incumplimiento grave. Ya hemos visto que en otros países se ha entendido incluso que la gravedad debe producir la imposibilidad del *excipiens* de cumplir con el contrato.

Este criterio sobre la gravedad del incumplimiento ha sido adoptado también por nuestro Máximo Tribunal, quien ha aceptado el hecho de que esta excepción es aplicable a los contratos administrativos cuando el incumplimiento de la Administración comporte una violación grave y en consecuencia se trate de violación de obligaciones principales del contrato. En efecto, analizando la oposición de la excepción de contrato no cumplido en un contrato administrativo, la Sala Político Administrativa afirmó en el caso “Constructora Manacon” antes citado, lo siguiente:

Nuestra legislación no tutela los supuestos derechos de las personas que celebran convenios para luego intentar no cumplirlos, alegando formalismos o incumplimientos de obligaciones secundarias que no hizo valer oportunamente en perjuicio de la contraparte que tenía confianza legítima en los convenios celebrados, y en este caso concreto, luego de haber sido ejecutado el contrato. *No todo incumplimiento puede fundamentar la excepción “non adimpleti contractus”. Se requiere que se trate de un incumplimiento de cierta gravedad, basándose para ello en la presunta voluntad de las partes contratantes. Las obligaciones principales son un elemento determinante de la voluntad de partes, por lo cual su incumplimiento es base para dicha excepción. No sucede lo mismo con las obligaciones secundarias o accesorias.*¹⁶ (Cursivas mías)

Es decir, que la conclusión del Máximo Tribunal en el caso citado, fue que no cualquier incumplimiento en materia de contratos administrativos activa la aplicación de la cláusula de contrato no cumplido, sino que para que ello ocurra, necesariamente tiene que tratarse de un incumplimiento grave, que comporte el incumplimiento de obligaciones principales, fundamentales, primordiales del contrato. No se trata pues de cualquier incumplimiento el que permite la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, ni de un solo incumplimiento o de un incumplimiento reiterado, sino de un incumplimiento de “cierta gravedad”, una gravedad que haga necesaria la suspensión del cumplimiento de la obligación hasta que quien incumplió primero, honre su obligación.

De manera, que nuestra Corte Suprema de Justicia adoptó un criterio similar al adoptado en otros países para permitir la invocación de la *exceptio non adimpleti contractus* en los contratos administrativos. Es importante resaltar que la entonces Corte Suprema de Justicia fue clara en establecer que el incumplimiento de obligaciones secundarias no justifica la oposición de la *exceptio*, lo que también diferencia su aplicación en materia administrativa con respecto a la materia civil, en donde el incumplimiento de obligaciones secundarias sí permite la oposición de la excepción. Consideramos que esta diferenciación tiene una perfecta racionalidad y busca un equilibrio entre el interés general y el interés particular involucrados.

16 Sentencia del 28 de enero de 1999 antes citada, caso *Constructora Manacon*.

Ahora bien, no explicó la Sala concretamente qué es un incumplimiento “grave”, pero sí adelantó que los incumplimientos de obligaciones principales del contrato, siempre generan la procedencia de la excepción, por lo cual la Sala entiende que los incumplimientos de las obligaciones principales del contrato son incumplimientos graves.

En resumen, es criterio de la Sala Político Administrativa que para que opere la excepción es necesario que el incumplimiento sea de tal gravedad que implique la violación de obligaciones principales, y no secundarias, del contrato. Como lo mencionamos *supra*, la doctrina y jurisprudencia extranjeras han calificado este concepto de gravedad, entendiendo que ésta se origina cuando el incumplimiento conlleve, a su vez, *la imposibilidad para la parte de continuar cumpliendo el contrato*, bajo las mismas condiciones contratadas inicialmente o la imposibilidad absoluta de continuar cumpliendo. Según Sáinz Moreno la *exceptio* procederá ante los “supuestos de incumplimiento especialmente graves por parte de la Administración *que hagan imposible la ejecución de lo convenido, que rompan totalmente la economía del contrato que, en definitiva, pongan en peligro la subsistencia del contratista.*”¹⁷ (Cursivas mías)

Consideramos que la gravedad del incumplimiento al que se refirió nuestra Sala Político Administrativa, y que atiende a incumplimientos que inciden en lo principal del contrato, es perfectamente compatible con lo establecido por la jurisprudencia extranjera, es decir, con la necesidad de que el incumplimiento implique una imposibilidad absoluta de cumplimiento del contrato o a todo evento una imposibilidad de cumplirlo en las mismas condiciones pactadas.

IV. LA BUENA FE QUE INSPIRA LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Antes de concluir es necesario hacer una breve referencia a la razón que siempre se opuso a la aplicación de la excepción de contrato no cumplido a los contratos administrativos: el interés general. Ya hemos aludido al hecho de que es necesario encontrar un balance en la ponderación del interés general y el interés particular al momento de permitir que se invoque la excepción de contrato no cumplido. La jurisprudencia halló ese balance, y es por eso que se permite la oposición de la excepción bajo ciertos límites estrictos.

A las razones que la jurisprudencia ha señalado para permitir que la *exceptio non adimpleti contractus* se aplique, aun cuando se afecte el interés general, hay que añadir el principio que señala que los contratos deben ser ejecutados de buena fe.

Los contratos, incluidos los administrativos, deben ser ejecutados de buena fe. Cuando la Administración Pública incumple obligaciones principales del contrato y aun así pretende exigir un cumplimiento a cabalidad por parte del particular, está actuando de mala fe y en abuso de su derecho y tal conducta no es tutelada por nuestro ordenamiento jurídico. Se actúa de mala fe en el momento en que se exigen prestaciones en las mismas condiciones a las pactadas, a sabiendas del propio incumplimiento de la Administración. No puede ésta exigir la protección del interés general, a costa del sacrificio particular causado por el propio incumplimiento de la Administración.

17 SÁINZ MORENO, Fernando, *op. cit.*, p. 4.

Al respecto, la doctrina extranjera ha señalado: “[l]a negativa de la Administración a consentir el abandono del servicio, cuando ella misma no cumple con su obligación de pago ... es contraria a las exigencias de la buena fe”¹⁸.

Nuestra jurisprudencia se ha hecho eco de lo anterior, nuestro Máximo Tribunal, ha establecido que: “...la discrecionalidad tiene sus límites y uno de ellos es la buena fe que debe inspirar a todos los contratos incluyendo los administrativos... los contratos se deben ejecutar de buena fe y la Administración *estaría actuando de mala fe y en forma arbitraria si asfixia económicamente a una empresa concesionaria por falta de pago y, a su vez, le exige la prestación del servicio en términos óptimos so pena de rescindir el contrato.*”¹⁹ (Cursivas mías).

Entiende nuestra jurisprudencia que la mala fe en estos casos se evidencia del hecho de que aun al haber incumplido, se pretende un cumplimiento de la otra parte, en exactas condiciones a las pactadas. Y no solo eso, sino al punto de presionar al concesionario con rescindir el contrato o, pretendiendo sancionarle a través de la apertura de procedimientos sancionatorios para castigar su incumplimiento.

La procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus* no sólo encuentra sustento en la gravedad del incumplimiento que hace imposible continuar ejecutando el contrato, sino en el principio de buena fe que inspira los contratos y que se ve quebrantado cuando la Administración incumple el contrato en forma grave y pretende que su contraparte lo cumpla a cabalidad, so pena de ser sancionada o privada del contrato que le fue otorgado.

V. CONCLUSIONES

El balance que podemos hacer hoy es positivo, a pesar de la posición jurisprudencial que inicialmente rechazó de plano la aplicación de la excepción de contrato no cumplido a los contratos administrativos y las contradicciones iniciales de nuestra jurisprudencia, actualmente el Tribunal Supremo de Justicia ha reiterado la posibilidad de aplicar esta excepción a los contratos administrativos. Es una realidad en Venezuela la posibilidad de que el concesionario se excepcione frente a la Administración y que su negativa a cumplir no sea considerada como un incumplimiento del contrato. Lo que a su vez implica que el concesionario no puede ser sancionado por la Administración Pública cuando se niega a cumplir legítimamente, visto el incumplimiento previo de aquélla.

Ahora bien, no podemos perder de vista que en Venezuela, como en otros países, la regla general es que la *exceptio non adimpleti contractus* no es aplicable a los contratos administrativos sino sólo y excepcionalmente cuando el incumplimiento previo sea de tal gravedad que afecte obligaciones principales del contrato y cuando la Administración Pública haya actuado de mala fe exigiendo el cumplimiento en los mismos términos a los pactados.

18 SÁINZ MORENO, *op. cit.*, p. 6.

19 Sentencia del 30 de noviembre de 1994, Sala Político Administrativa, Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Cecilia SOSA, caso *Sateca*, consultada en Luis ORTIZ ÁLVAREZ..., *op. cit.*, p. 601.

Consideramos que en Venezuela podría acogerse también el criterio que otros países han adoptado, que señala que una medida de la gravedad que se requiere para la procedencia de la *exceptio*, es que el incumplimiento que origina la oposición de aquella produzca la imposibilidad del *excipiens* de continuar cumpliendo el contrato, al menos en las condiciones pactadas.

§41. LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Claudia Briceño de Muci

Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello

El Estado para el cumplimiento de sus fines y la satisfacción de las necesidades públicas requiere de la colaboración y/o participación de los administrados. Al efecto, la Administración hace uso de la figura contractual para obtener la prestación de los servicios públicos o el suministro de bienes patrimoniales.

Estas relaciones contractuales pueden materializarse a través de contratos regidos por el derecho común o de contratos administrativos regidos principalmente por el derecho administrativo, en los cuales la relación bilateral que nace se somete a un régimen preponderante de derecho administrativo en virtud del servicio público o debido a la satisfacción del interés público por parte del contratista

En Venezuela, la teoría del contrato administrativo fue desarrollado de forma prematura y avanzada por la jurisprudencia a partir de la sentencia de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1944 (Astilleros la Guaira). No obstante, no goza de una regulación legal que aborde la noción de contrato administrativo, este concepto ha sido desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina, que se han valido de elementos como el de servicio público y el de cláusulas exorbitantes para definir a los contratos administrativos.

El tema de las prerrogativas de la Administración Pública constituye un punto fundamental en la “Teoría de los Contratos Administrativos”, ya que aporta un elemento clave como son las “cláusulas exorbitantes”. En el presente trabajo desarrollaremos lo relativo a las cláusulas exorbitantes, a los fines de determinar si son éstas un elemento necesario para definir un contrato como administrativo o son una manifestación de los privilegios y prerrogativas de la Administración que se encuentran implícitas en todos los Contratos Administrativos como consecuencia del principio de autotutela.

I. DEL FUNDAMENTO TELEOLÓGICO DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

1. Privilegios y prerrogativas de la Administración

La Administración se encuentra en un posición privilegiada frente a los administrados lo cual tiene su fundamento en el interés general de la colectividad que esta tutela. La Administración, debido a la posición de supremacía que ocupa detenta una serie de privilegios y prerrogativas que se manifiestan en su actuación frente a los particulares.

Esta posición privilegiada de la Administración tiene su fundamento histórico en la Revolución Francesa, la cual enterró las clases privilegiadas y los poderes intermedios como consecuencia del principio de igualdad y reunió todos esos poderes en el seno de una Administración centralizada, fenómeno éste que nos lo explica el catedrático García de Enterría citando a Hauriou, de la siguiente forma: “Las prerrogativas como los privilegios, han sido desterrados de las relaciones sociales por la Revolución, pero no han sido de las relaciones políticas; por el contrario, se han concentrado en las manos del Gobierno y de la Administración...La Administración Pública ha sucedido a las clases privilegiadas del antiguo régimen en el papel de gestor de negocios del público, ella ha heredado por lo mismo sus prerrogativas”.¹

Los privilegios y prerrogativas de la Administración en materia contractual se evidencian en la relación de subordinación del particular co-contratante con respecto a la Administración contratante, tal como lo explica la doctrina de la Procuraduría General de la República “El particular, el co-contratante de la Administración por un acto de propia voluntad contrata con ella y se sitúa en la relación jurídica en un plano de subordinación. El fundamento, pues, de esta desigualdad jurídica, de esta subordinación del particular frente a la Administración, es el fin público o la finalidad de servicio público con miras a la cual contrata la Administración”.²

En materia contractual estos privilegios y prerrogativas de la Administración frente los particulares co-contratantes en la ejecución de los contratos administrativos, se materializan a través de las llamadas cláusulas exorbitantes. En este sentido, los catedráticos españoles García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, afirman que “las prerrogativas del poder público, las cláusulas exorbitantes estrictamente tales, que según sus teorizadores originarios, harían normalmente ilícito un contrato civil si se llegaran a insertar en él”.³

En conclusión, las cláusulas exorbitantes en materia contractual se traducen en prerrogativas que amparan a la Administración frente al particular co-contratante, debido a la posición jurídica privilegiada de la Administración quien al contratar tutela intereses generales o colectivos.

2. Autotutela de la Administración

Lo que da origen al principio de autotutela de la Administración es la posición de la Administración con respecto al poder judicial, al ser la Administración un poder investido de privilegios y prerrogativas, está capacitada para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, sin necesidad de intervención judicial ya que lo que motiva la autotutela de la Administración es la satisfacción directa del interés general por parte de ésta. Este principio de autotutela administrativa es aplicado por la doctrina a los actos administrativos que en virtud de la autotutela se constituyen en títulos ejecutivos y ejecutorios, pudiendo la Administración exigir su cumplimiento y ejecutarlos forzosamente sin intervención judicial. Al efecto, los profesores españoles García de Enterría y Tomás Ramón Fernández señalan expresamente que la autotutela” aparte de

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución y Administración Contemporánea*, Madrid, 1994, p.56

2 Doctrina de la Procuraduría General de la República del año 1980, en BREWER CARIAS, Allan, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1997, p. 70.

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1991, p. 662

eximir a la Administración de la carga de obtener una sentencia ejecutiva, la faculta para el uso directo de la coacción sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada”.⁴

La autotutela administrativa, como privilegio de la Administración que es, le permite a ésta declarar sus derechos y ejecutarlos, sin necesidad de intervención judicial, pero no de forma definitiva, ya que siempre queda el control judicial posterior tendente a revisar la legalidad de la actuación administrativa y proteger los derechos subjetivos afectados.

Este principio de autotutela administrativa podemos aplicarlo, también, al campo del contrato administrativo en el cual la Administración actúa haciendo valer su situación privilegiada en virtud de la satisfacción directa del interés general. Esta potestad de autotutela de la Administración, se manifiesta en materia de contratos administrativos, en las llamadas cláusulas exorbitantes, las cuales le permiten a la Administración actuar de forma coactiva sin necesidad de intervención judicial, pudiendo, en consecuencia, modificar el contrato administrativo, interpretarlo e incluso rescindirlos por razones de interés general y sin necesidad de intervención por parte del juez. En este sentido Rafael Badell, afirma en su libro sobre Contratos Administrativos que: “En realidad las llamadas “cláusulas exorbitantes” son poderes que detenta la Administración pública como consecuencia del Principio de Autotutela Administrativa”.⁵

Ahora bien, esta potestad de modificar el contrato, interpretarlo, y rescindirlos de forma unilateral, que tiene la Administración, no es definitiva, ya que siempre le queda al particular la posibilidad de impugnar en vía judicial el acto, mediante el cual la Administración haya ejecutado la correspondiente cláusula exorbitante; a los fines de que el Juez controle la legalidad de dicha actuación de la Administración y proteja los derechos de los particulares que hubieren resultado afectados.

II. DE LOS TIPOS DE CLÁUSULAS EXORBITANTES

1. Cláusulas en contra de la Administración

Si bien pareciera que las cláusulas exorbitantes se traducen en ventajas o privilegios para la Administración, ello no es del todo cierto, ya que también las cláusulas exorbitantes pueden consagrarse en contra de la Administración pero a favor del interés general; ello ocurre en aquellos casos en que la Administración sacrifica su posición privilegiada en aras de proteger el interés colectivo, colocándose en efecto en una situación de desventaja frente al co-contratante. Al efecto, en algunas situaciones la administración le proporciona alguna ventaja al particular co-contratante en aras de buscar la colaboración de éste en la prestación del servicio público en pro del interés de la colectividad y ello se traduce en una desventaja aparente para la administración. Un ejemplo de cláusula exorbitante en contra de la Administración; sería aquella mediante la cual se le otorga al particular facilidades y beneficios de pago en la compra de un terreno ejido, a los fines de ayudarlo a desarrollar en dicho terreno una obra en pro de la colectividad.

4 *Ibidem*, p. 503.

5 BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1999, p. 118.

2. Cláusulas a favor de la Administración

La mayoría de las cláusulas exorbitantes de la Administración se constituyen a favor de ésta, ya que las cláusulas exorbitantes por excelencia contienen privilegios o ventajas a favor de la Administración. Las prerrogativas de la Administración en materia contractual se manifiesta a través de las cláusulas a favor de la administración tales como son: a) el poder de revocar o rescindir el contrato unilateralmente por razones de orden público; b) facultad de modificar unilateralmente el contrato; c) poder de interpretar unilateralmente el contrato; y d) facultad de controlar y dirigir el contrato. De seguida desarrollaremos cada una de estos tipos de cláusulas exorbitantes en aras de determinar la extensión de las prerrogativas de la Administración en materia contractual:

A. Poder de extinción unilateral del Contrato

La Administración tiene la facultad de rescindir unilateralmente el contrato ya sea por incumplimiento por parte del particular co-contratante o por razones de interés general, es decir queda facultada la Administración para rescindir unilateralmente los contratos administrativos haya falta o no del contratante, teniendo la decisión de la Administración efecto ejecutorio.

Esta potestad que tiene la Administración es inherente a la posición privilegiada de la Administración y al fin de protección del interés general, por tanto es una facultad inherente a los contratos administrativos no pudiendo la Administración renunciar a ella.

Sobre la facultad que tiene la administración de rescindir unilateralmente el contrato administrativo y sobre el carácter de facultad irrenunciable, se pronunció la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia del 14 de junio de 1983, en la cual señaló que:

El contrato administrativo autoriza a la Administración a rescindirlo unilateralmente juzgando el incumplimiento del particular que con ella lo suscribiera. A quien en todo caso queda abierta la vía del contencioso para asegurarse, en un debate ante el juez competente, la preservación de la ecuación económica del contrato, si la causa de la rescisión no le fuera imputable como lo sentara este Supremo Tribunal en la citada sentencia del 12-11-54 (Corte Federal): "...en el campo de acción de los contratos administrativos, y aunque no conste en las cláusulas de la convención, la rescisión de ellos, cuando así lo demandan los intereses generales y públicos. Es una facultad que la Administración no puede enajenar ni renunciar..."⁶

Ahora bien, es necesario distinguir, cuando la Administración rescinde el contrato administrativo por incumplimiento del co-contratante, caso en el que la Administración no tiene que indemnizar al particular porque la rescisión se fundamenta en su incumplimiento y cuando la Administración rescinde el contrato por razones de utilidad pública o interés general, caso en el que la Administración tiene que indemnizar al particular por el daño causado. Al efecto, la Ley de Concesiones (Decreto-Ley N° 138 de fecha 20 de abril de 1994 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales) prevé en su artículo 50 la extinción del contrato por parte de la Administración por incumplimiento grave del concesionario y en su artículo 53, por su parte, prevé la potestad que tiene la Administración de rescatar la concesión por razones de utilidad o interés público y previa indemnización del concesionario.

⁶ Sentencia de la SPA-CSJ del 14-6-83 (caso *Acción Comercial*) en ORTIZ ALVAREZ, Luis y MASCETTI, Giovanna, *Jurisprudencia de Contratos Administrativos*, Caracas, 1999, p. 81.

Por último cabe citar una decisión reciente de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 1 de febrero de 2001, donde se señaló expresamente:

...que la Administración tiene la facultad de resolver unilateralmente los contratos administrativos en los que sea parte, por distintas razones: de legalidad, cuando no se han satisfecho los requisitos exigidos para su validez o eficacia; de interés general o colectivo; y a título de sanción, en caso de falta grave o incumplimiento del co-contratante.⁷

B. Facultad de modificar unilateralmente el contrato (*Ius Variandi*)

Otra de las potestades exorbitantes de la Administración en la ejecución del contrato se manifiesta en la potestad que tiene ésta de alterar o modificar unilateralmente las condiciones del contrato. Esta potestad rompe con el principio de derecho privado de la intangibilidad del contrato⁸, pero no quiere decir que el contrato administrativo no tenga fuerza obligatoria entre las partes, sino que con base en las prerrogativas de la Administración, ésta puede de forma unilateral modificar las condiciones pactadas, en aras de satisfacer necesidades públicas, pero no de una forma discrecional; sino respetando algunos límites objetivos, teleológicos y legales.

La facultad que tiene la Administración de modificar unilateralmente el contrato administrativo tienen su fundamento en las exigencias del interés general de la comunidad, que es variable, por lo que durante la ejecución de un contrato puede surgir la necesidad de introducir variaciones en las obligaciones contraídas por la contratista.

La Administración puede modificar unilateralmente las condiciones y términos del contrato, no obstante debe mediar indemnización si la modificación del contrato por parte de la Administración altera el equilibrio o la ecuación económico-financiera del mismo, lo que no quiere decir que el *ius variandi* se ve limitado por el interés particular, por el contrario la Administración en aras de proteger el interés general tiene una facultad amplia de modificar el contrato administrativo. Al efecto se han pronunciado los catedráticos españoles García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, señalando que: “Al servicio del interés público y de sus concretas e insoslayables exigencias, el *ius variandi* de la Administración contratante es ilimitado en extensión e intensidad, ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración”⁹

Este tipo de cláusulas exorbitantes se manifiestan comúnmente en los contratos de obras públicas, en los cuales la Administración puede modificar desde el objeto del contrato (modificación cualitativa y cuantitativa de la obra) hasta la forma de ejecución del mismo. Esta potestad de modificación unilateral del contrato se encuentra consagrada expresamente en las “Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de obras” (Decreto N° 1417 de fecha 31 de julio de 1996)

En este mismo sentido, la Ley de Concesiones (Decreto-Ley N° 138 de fecha 20 de abril de 1994 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales) regula la potestad de modificación unilateral de la administración en su artículo 39, el

7 Sentencia de SPA-TSJ del 1 de febrero de 2001, consultada en <http://www.tsj.gov.ve>

8 “El principio de intangibilidad del contrato significa, pues, que las partes no pueden sustraerse a su deber de observar el contrato tal como él fue contraído en su conjunto y en cada una de sus cláusulas” (MELICH ORSINI, José, *Doctrina General del Contrato*, Caracas, 1993, p. 368)

9 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1991, p. 703.

cual prevé que “desde que se perfeccione el contrato, el ente concedente podrá modificar, por razones de interés público y mediante acto debidamente motivado, las características de las obras y servicios contratados”.

No obstante, cabe aclarar que la potestad de modificar unilateralmente el contrato no es una potestad que tenga la Administración únicamente en los contratos de obra y en las concesiones, es una facultad que tiene la Administración en cualquier clase de contrato administrativo, es decir es una facultad inherente a la Administración cuando esta celebra cualquier contrato administrativo, por lo que no requiere reconocimiento expreso en el texto del Contrato.

Sobre este punto se pronunció la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia de fecha 27 de enero de 1993, en la cual señaló que:

La potestad de modificación unilateral, con el debido al principio de la llamada ecuación o equilibrio económico, fue también colocada dentro de las posibilidades de la Administración de ejercer su supremacía en el negocio jurídico, por cuanto a través de ella la Administración puede cambiar, de acuerdo con sus propios intereses, alguno o algunos de los elementos del contrato, no solamente en un sentido cuantitativo, sino también, en ciertos casos, en sentido cualitativo....las cláusulas como la antes mencionada podían incluso ser implícitas, es decir, no figurar en forma expresa en el texto del contrato y, sin embargo, considerarse presentes en el mismo por estar con-
sustanciadas con la naturaleza de la relación jurídica creada¹⁰.

Por último, cabe recalcar que la potestad de alterar unilateralmente el contrato, no constituye un poder discrecional e ilimitado; tanto la doctrina y la jurisprudencia han señalado que dicho poder tiene que respetar algunos límites objetivos, teleológicos y legales. Los objetivos implican que no se puede modificar en si el objeto del contrato, debiendo en todo momento conservarse la naturaleza del contrato celebrado. El límite teleológico obedece a que la finalidad alegada por la administración para introducir cambios en el contrato sea cierta, y responda a razones de interés general; y el último límite que es el legal se fundamenta en que el acto administrativo, a través del cual se modifique el contrato, este acorde con el ordenamiento jurídico aplicable, respetando el principio de legalidad y competencia que ordena a los actos administrativos.

C. Poder de interpretar unilateralmente el contrato

Esta facultad se traduce en la posibilidad que tiene la Administración de tomar decisiones ejecutivas respecto a la interpretación del contrato y el alcance de las obligaciones del particular co-contratante. Es decir, la Administración como consecuencia de los privilegios que detenta tiene la facultad de interpretar, mediante actos administrativos, el alcance de los contratos administrativos por ésta celebrados.

Esta facultad de interpretación es una facultad implícita en todos los contratos administrativos por lo que no requiere de previsión expresa en el contrato. Sobre esta facultad de la Administración se han pronunciado los catedráticos españoles García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, señalando que “no se trata de que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de asegurar una decisión que provisionalmente permita continuar la obra, servicio o suministro contratado sin interrupciones perjudiciales para el interés general”.¹¹

¹⁰ Sentencia de la SPA-CSJ del 27-01-93 (Caso *Hotel Isla de Coche II*) en ORTIZ ALVAREZ, Luis y MASCETTI, Giovanna, *op.cit.*, p. 486.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, p. 701

Sobre el carácter no definitivo de la interpretación hecha por la Administración, en Venezuela hay que tener en cuenta que la Administración al interpretar el contrato debe hacerlo a través de un acto administrativo, por lo que, siempre queda a salvo el derecho del contratista, que de no estar de acuerdo con la interpretación de la Administración, puede recurrir en vía administrativa y luego en vía jurisdiccional contra dicho acto de interpretación.

D. Poder de controlar y dirigir el contrato

Entre las cláusulas exorbitantes a favor de la administración encontramos el poder que tiene la Administración de dirigir y controlar la ejecución del contrato a través de la inspección y la fiscalización. Este control se manifiesta en los aspectos técnicos, comerciales financieros y legales del Contrato administrativo. Al efecto, cabe destacar que ese control que ejerce la Administración en la ejecución del contrato tiene su fundamento en el interés general que esta tutela.

Los poderes de control y dirección que tiene la Administración en la ejecución del contrato se manifiestan especialmente en el caso de los contratos de concesión, dado el interés público inherente a esa modalidad contractual. En ese sentido, el artículo 37 de la Ley de Concesiones (Decreto-Ley N° 138 de fecha 20 de abril de 1994 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales), prevé que el concedente puede disponer en todo momento de las medidas de inspección, vigilancia y control necesarias para asegurar el cumplimiento del contrato, y, en particular, para verificar el adecuado desempeño del concesionario y comprobar la conformidad existente entre el proyecto o la obra ejecutados y las condiciones de calidad y demás especificaciones técnicas fijadas en el pliego de condiciones, en el contrato, y si fuere el caso, las que se desprendan de las instrucciones emanadas del ente concedente.

III. DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES. ANÁLISIS DEL CONCEPTO

1. Noción General

Esta figura de las cláusulas exorbitantes tiene su origen en Francia donde se definía como aquellas estipulaciones “cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de derecho común” o también, “cláusulas que, por su naturaleza, difieren de aquellas que puedan insertarse en un contrato análogo de derecho civil”.¹²

En Venezuela, las cláusulas exorbitantes han sido definidas por la jurisprudencia como “aquellas que constituyen expresiones de potestad o prerrogativa que le corresponden a la Administración en cuanto ella ejercita su capacidad de actuar en el derecho público”, se trata de cláusulas que insertas en un contrato de derecho civil resultarían inusuales o ilícitas por contrariar la libertad contractual”.¹³

12 VEDEL, George, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1980, p.191.

13 Sentencia de la SPA-CSJ de fecha 24 de mayo de 1995 en BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *ob. cit.*, p. 32.

2. Enfoque doctrinario y jurisprudencial

A. Como criterio utilizado para definir el contrato administrativo

La jurisprudencia Francesa pionera en materia de Contratos Administrativos, identificaba a las cláusulas exorbitantes como un criterio utilizado para definir un contrato como administrativo. Al efecto señala Vedel que “la cláusula exorbitante confiere al contrato firmado por una persona pública carácter administrativo aunque dicho contrato no tenga relación alguna con el servicio público”.¹⁴

Esta teoría heredada de la jurisprudencia francesa fue acogida por la jurisprudencia Venezolana la cual, en un comienzo, destaca la importancia de las cláusulas exorbitantes a los fines de definir un contrato administrativo, pero advierte que ante la ausencia de las cláusulas exorbitantes la noción de servicio público cobra absoluta vigencia. Al efecto, la Sala Política Administrativa, mediante sentencias de fecha 14 de junio de 1983, caso Acción Comercial y 11 de agosto de 1983, caso *Cervecería de Oriente*, señaló que:

“la presencia de “cláusulas exorbitantes en un contrato celebrado por la Administración Pública constituye índice evidente de la existencia de un contrato administrativo, ellas no hacen otra cosa que revelar la noción de interés general o colectivo que el servicio público entraña”.¹⁵

Luego, la Sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia mediante decisiones de fechas, 22 de febrero de 1990, caso *J.R. & Asociados, S.R.L.*; 04 de marzo de 1993, caso *Tenerías, C.A.*; y, 17 de noviembre de 1994, caso *Sateca Nueva Esparta*, declaró expresamente que se está en presencia de un contrato administrativo cuando se evidencia la existencia de cláusulas exorbitantes. Al efecto señala la Sala:

...un contrato administrativo se puede identificar por la presencia en su texto de “cláusulas exorbitantes” que son disposiciones contractuales impuestas por el ente administrativo contratante con el fin de anteponer el interés público al interés privado del co-contratante y en consecuencia ajena a los contratos de derecho privado...¹⁶.

Posteriormente, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisión de fecha 16 de marzo de 2000 (Caso *Constructora Pedeca, C.A. vs Gobernación del Estado Anzoátegui*) en ponencia del Magistrado Carlos Escarrá, reiteró su criterio en torno a los elementos que permiten calificar un contrato como “administrativo”, lo cuales son que:

Una de sus partes sea una persona político territorial. Su objeto verse sobre la gestión de un servicio público; y Se encuentran presentes en el contrato cláusulas que le otorgan potestades a la administración contratante que rebasan el régimen propio los contratos que se rigen por derecho privado (cláusulas exorbitantes). (Consultada en original).

Recientemente, la Sala Política Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisiones reiteradas de fecha 27 de julio de 2000, 12 de julio de 2001 y 15 de noviembre de 2001, con ponencia de Levis Ignacio Zerpa las dos primeras y Hadel Mostafa Paolini, la última, señaló expresamente que:

14 VEDEL, George, *ob. cit.*, p. 192

15 BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *ob. cit.*, pp. 95-97

16 Sentencia del 17 de noviembre de 1994, caso *Sateca Nueva Esparta*, en BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *ob. cit.*, p. 115

“la reiterada jurisprudencia de la Sala, la cual ha señalado como características esenciales de los contratos administrativos: 1) Que una de las partes en el contrato sea un ente público; 2) La presencia en el contrato de las llamadas cláusulas exorbitantes; y 3) La finalidad y utilidad de servicio público o de intereses públicos en el contrato”

“que la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido reiteradamente, que un contrato administrativo se puede identificar por la presencia en su texto de “cláusulas exorbitantes” -que son disposiciones contractuales impuestas por el ente administrativo contratante con el fin de anteponer el interés público al interés privado del co-contratante y, en consecuencia, ajena a los contratos de derecho privado...”

De las sentencias citadas, podemos concluir que tanto la extinta Corte Suprema de Justicia como el actual Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, han sostenido de forma reiterada, que las cláusulas exorbitantes son un elemento esencial para definir un contrato como administrativo, ya que un contrato se califica como administrativo si en él están presentes las llamadas cláusulas exorbitantes.

B. Como Cláusulas presentes de manera tácita o implícitas en todos los contratos Administrativos como consecuencia de las prerrogativas de la Administración

Si bien, la mayoría de las sentencias de la Sala Político Administrativa, tanto de la extinta Corte Suprema de Justicia como del Tribunal Supremo de Justicia, conciben las cláusulas exorbitantes como estipulaciones contenidas en los contratos y cuya presencia determina el carácter administrativo de los mismos. Podemos señalar algunas sentencias que se separan de ese criterio y afirman que las mismas son implícitas a la naturaleza administrativa del contrato y son consecuencia de las prerrogativas de la Administración.

Al efecto, cabe citar dos sentencias de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fechas 1-4-86 y 27-1-93 (caso *Hotel Isla de Coche I y II*) que si bien llegan a conclusiones distintas, afirman, en la primera que las cláusulas exorbitantes constituyen “el efecto y de ninguna manera la causa del servicio público objeto de este tipo de contratación y en la otra, que las cláusulas exorbitantes “podían incluso ser implícitas, no figurar en el texto del contrato y sin embargo, considerarse presentes en el mismo consustanciadas por la naturaleza de la relación jurídica creada”

En igual sentido, la Corte Primera de lo Contencioso- Administrativa mediante sentencia de fecha 9 de diciembre de 1993 (caso *Elisa Gonzalez de Benzo y otros*) afirmó expresamente que:

De acuerdo a los criterios más recientes de la Sala Político- Administrativa de la Corte Suprema de Justicia lo que distingue al contrato administrativo es la noción de servicio público, pues la presencia de cláusulas exorbitantes, aun cuando constituye un índice evidente de la existencia de un contrato administrativo, ellas no hacen otra cosa que revelar la noción de interés general o colectivo que el servicio público entraña. La cláusula exorbitante es así el efecto y de ninguna manera la causa del servicio público¹⁷.

Posteriormente, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, mediante decisión de fecha 6 de agosto de 1998, avanzó en su criterio e inclusive llegó a afirmar que las cláusulas exorbitantes son el producto del ejercicio de poderes

17 Consultada en: BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *ob. cit.*, p. 114.

extracontractuales y “son poderes que detenta la Administración pública como consecuencia del principio de autotutela administrativa”.¹⁸

Recientemente, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisiones de fechas 13 de julio de 2000 y 5 de febrero de 2002, insiste en señalar la presencia de cláusulas exorbitantes como una de las características para definir un contrato como administrativo, pero avanza, al decir que las mismas no necesitan estar expresamente contenidas en el Contrato. Al efecto señaló la Sala que:

“los contratos celebrados ...poseen las tres características básicas de todo contrato administrativo, a saber: 1.- Una de las partes es un ente público, 2.- el contrato tiene una finalidad de utilidad pública o la prestación de un servicio público, y 3.- como consecuencia de lo anterior, se entiende la presencia de ciertas prerrogativas de la Administración en dichos contratos, consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto del mismo.”¹⁹

Como podemos observar, tanto la extinta Corte Suprema de Justicia como el actual Tribunal Supremo de Justicia y la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en algunas sentencias han llegado a afirmar que las cláusulas exorbitantes son implícitas a la naturaleza del contrato administrativo, siendo consecuencia del principio de autotutela. Igualmente, han afirmado que las mismas no tienen que estar contenidas en forma expresa en el contrato y que su presencia no es necesaria para definir un contrato como administrativo, ya que las cláusulas exorbitantes, lo que hacen es revelar la noción de interés general que el servicio público entraña. No obstante es la doctrina la que en forma más enérgica fundamenta este criterio.

Al efecto, el profesor Rafael Badell sostiene que las cláusulas exorbitantes pueden constituir un índice para calificar un contrato como administrativo, pero las mismas son virtuales e implícitas y se entienden incorporadas -tácitamente- en todos los contratos administrativos y en consecuencia son poderes que detenta la Administración como consecuencia del principio de autotutela.²⁰

Para Brewer-Carías, las cláusulas exorbitantes “no son estipulaciones contractuales, sino que, en realidad son manifestaciones del poder de acción unilateral propio de la Administración Pública”, por lo que no necesitan estar previstas en el texto contractual, y al no ser cláusulas contractuales, no pueden servir para distinguir unos contratos de otros”.²¹

En igual sentido, los catedráticos españoles García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, afirman que las cláusulas exorbitantes son extracontractuales y provienen de los poderes propios de la Administración como gestora del interés público. Al efecto, señalan expresamente que “este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración de su privilegio general de autotutela..., de modo que es en sí mismo extracontractual”.²²

En apoyo a esta tesis, sostiene Garrido Falla que las cláusulas exorbitantes constituyen una manifestación de las prerrogativas de la Administración que se justifican en la tutela del interés público por parte de la Administración.²³

18 BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *ob. cit.*, p. 119.

19 Consultadas en: <http://www.tsj.org.ve>

20 V., BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *ob. cit.*

21 Al efecto véase, BREWER-CARIAS, Allan, *ob. cit.*, pp. 47 y 48.

22 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, p. 662.

23 V., GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 2, Madrid, 1991, p.81.

En nuestra opinión, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia debe abandonar el criterio sentado, de forma reiterada, por sus jurisprudencia, conforme al cual las cláusulas exorbitantes constituyen un requisito esencial para definir un contrato como administrativo y debe avanzar, como bien lo ha hecho la doctrina tanto nacional como extranjera, en el sentido de sostener que las cláusulas exorbitantes son implícitas e inherentes a la naturaleza de los contratos administrativos, ya que son consecuencia de las prerrogativas y privilegios de los que goza la Administración Contratante como consecuencia del principio de autotutela.

IV. CONCLUSIONES

- Luego de haber analizado la figura de las cláusulas exorbitantes, podemos concluir que las mismas no son estipulaciones que deben estar contenidas en el texto del contrato y, por ende, no sirven para clasificar un contrato como administrativo o no, a lo sumo constituyen un índice que nos sugiere que estamos frente a un contrato administrativo.

- Las cláusulas exorbitantes son inherentes a la naturaleza de los contratos administrativos, es decir, se entienden incorporadas -tácitamente- en todos los contratos administrativos, ya que son expresión de los poderes que detenta la Administración como consecuencia del principio de autotutela, que le permite a la Administración actuar de forma coactiva sin necesidad de intervención judicial.

- En consecuencia, las cláusulas exorbitantes en materia contractual se traducen en prerrogativas que amparan a la Administración frente al particular co-contratante, debido a la posición jurídica privilegiada de la Administración quien al contratar tutela intereses generales o colectivos.

Somos de la opinión, siguiendo el criterio del profesor español García de Enterría, que las cláusulas exorbitantes no pueden servir para definir un contrato como administrativo, ya que las mismas además de estar implícitas en el contrato, como consecuencia de la naturaleza del mismo, son EXTRA CONTRACTUALES y provienen de los poderes propios de la Administración como gestora del interés público

- Las cláusulas exorbitantes se materializan en la potestad que tiene la Administración de revocar o rescindir el contrato unilateralmente por razones de orden público; modificar unilateralmente el contrato *ius variandi*; interpretar unilateralmente el contrato; y controlar y dirigir el contrato. No obstante, esta potestad no es ilimitada, ya que siempre la Administración debe respetar los derechos de los co-contratantes y, por tanto, lograr que no se rompa el equilibrio económico y financiero del contrato. Igualmente, no es definitiva, ya que siempre le queda al particular la posibilidad de impugnar en vía judicial el acto, mediante el cual la Administración haya ejecutado la correspondiente cláusula exorbitante; a los fines de que el Juez controle la legalidad de dicha actuación de la Administración y proteja los derechos de los particulares que hubieren resultado afectados.

Por último, cabe concluir que si bien en algunas sentencias tanto de la extinta Corte Suprema de Justicia, como del Tribunal Supremo de Justicia y de la Corte Primera, se ha hecho referencia al carácter implícito de las cláusulas exorbitantes, la jurisprudencia -de forma reiterada- se ha valido de la figura de las cláusulas exorbitantes para definir los contratos como administrativos. No obstante, somos de la opinión que debe abandonarse este criterio y la jurisprudencia debe avanzar, como bien lo ha hecho la doctrina tanto

nacional como extranjera, en el sentido de sostener que las cláusulas exorbitantes son implícitas e inherentes a la naturaleza de los contratos administrativos, ya que son consecuencia de las prerrogativas y privilegios de los que goza la Administración contratante como consecuencia del principio de autotutela, en virtud de la protección directa de los intereses generales o colectivos por parte de la Administración.

BIBLIOGRAFÍA

BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *Contratos Administrativos*, Cuaderno Jurídico N° 5, Editorial Torino, Caracas, 1999.

BREWER-CARIAS, Allan, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997.

CABALLERO ORTIZ, Jesús, “¿Deben substituir los Contratos Administrativos en una futura legislación?” en *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI, Estudios en Homenaje al Profesor Allan BREWER-CARÍAS*, Tomo II, Civitas, Madrid 2003, pp. 1765 a 1777.

Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones (Publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.394 de fecha 25 de octubre de 1999).

FARIAS MATA, Luis, *La Teoría de los Contratos Administrativos en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolana*, Publicaciones de la Gobernación del Distrito Federal, Caracas, 1968.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, 4ª Edición, Civitas, Madrid 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 2ª Edición, Civitas, Madrid, 1990, pp. 654 a 689.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 2, 9ª Edición, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 33 a 102.

LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 8ª Edición, UCV, Caracas, 1990, pp. 291 a 310.

ORTIZ ALVAREZ, Luis y MASCETTI, Giovanna, *Jurisprudencia de los Contratos Administrativos* (1980-1999), Editorial Sherwood, Caracas, 1999.

Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991.

VEDEL, George, *Derecho Administrativo*, 6ª Edición, Aguilar, Madrid, 1980, pp. 186 a 213.

SÉPTIMA PARTE
LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

§42. DERECHO DE PETICIÓN Y ACCIÓN JUDICIAL DE CARA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA PANAMEÑA¹

Javier Ernesto Sheffer Tuñón
Abogado, Panamá

I. IDEAS INTRODUCTORIAS

El ejercicio del derecho de petición se ha visto confinado y limitado al puro ámbito administrativo por negársele el carácter jurisdiccional a la tramitación o procedimiento que de él se deriva al formularse una petición a la autoridad administrativa, léase, ministro, gobernador, alcalde, director de una entidad descentralizada, empresa pública, etc.

La jurisprudencia patria ha dicho absoluta y de manera repetitiva que el ejercicio del derecho de petición *no genera proceso alguno*.

Estas líneas intentan mostrar un análisis que despierte la atención del lector, sobre un rubro por demás poco abordado en el foro, acerca del derecho de petición y la acción judicial, de cara a lo que sobre dichas figuras ha dicho hasta hoy el Pleno de la Corte Suprema de Justicia².

Vale aclarar que consideramos que no es de lugar, por sustraerse al objeto del presente artículo, hacer un relato de la naturaleza, tipos de *acción* en términos del Derecho Procesal, o definir un vocablo que posee en el vocabulario jurídico y común muchos significados; por ello nuestro enfoque gira en torno, o más bien se inclina, a la comparación o cotejo, si se quiere, entre las dos instituciones que constituyen el título de este documento.

II. DESARROLLO DEL TEMA

Ciertamente, esta materia ha sido abordada por la Corte Suprema de Justicia (Pleno), y la jurisprudencia emitida remarca una concepción no consecuenta con la generalidad o gama de supuestos que en la vida de relación pueden darse vinculados a la petición presentada por un particular ante la Administración.

Esa verdad que esboza la jurisprudencia que más adelante veremos, es relativa, porque lo que a veces inicia como el mero uso del derecho fundamental de pedir puede trans-

1 Publicado en la *Revista Lotería* n° 2, enero-febrero 1999, bajo el título original: "Análisis doctrinal del derecho de petición y la acción judicial en función de la jurisprudencia nacional".

2 En la versión original, este artículo contenía sólo la jurisprudencia del Pleno de la CSJ, debido a la escasez de pronunciamientos al respecto por parte de la Sala Tercera. Esta actualización incluye fallos del Tribunal Contencioso Administrativo o Sala Tercera.

formarse o dar paso a un proceso judicial, caso específico, por ejemplo, el que ante la falta de avenimiento entre las partes, el consumidor decide acudir a los tribunales de comercio para que éstos diriman el conflicto que instaura contra un agente de comercio³, o en el supuesto frecuente de destituciones en el sector público, el destituido, luego de agotada la vía gubernativa, ante la evacuación de los recursos correspondientes, acude a la jurisdicción especial contencioso administrativa a interponer una demanda de plena jurisdicción, y muchos otros supuestos que a diario suceden en la instancia administrativa, en los cuales está un interesado frente a un acto administrativo que lesiona sus derechos.

La concepción jurisprudencial obvia el hecho que inclusive la Administración Pública ejerce funciones jurisdiccionales, como en lo que concierne a la materia laboral (Ley 7 de 1975 y 53 de 1975); la materia penal aduanera (Ley 30 de 1984), justicia de policía (Ley 112 de 1974, Código Administrativo), que le atribuyen especiales facultades de este tipo, y, por tanto, hay ocasión de que sean expedidos por entidades administrativas actos jurisdiccionales (verdaderas *sentencias* que hacen tránsito a cosa juzgada), y se convierten así esas dependencias públicas, *ope legis*, en especie de Tribunales.

Sin embargo, estamos claros en que la misma calidad de jurisdiccionales excluye a tales actos del conocimiento por parte del Tribunal Contencioso Administrativo, toda vez que éste únicamente tiene competencia -según la Constitución y la Ley- para anular o invalidar actos de naturaleza administrativa (decretos ejecutivos, resoluciones, resueltos, omisiones, y similares).

Sin incurrir en contradicción respecto de lo señalado, creemos que algunos de los anteriores ejemplos hipotéticos no excluyen la actividad propia y tradicional de la Administración generando o siendo causa de un proceso contencioso administrativo ventilado ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, luego de un reclamo (petición) a ella formulado, y que fue decidido en principio en dos instancias en el *procedimiento administrativo*, mediante la desestimación de los recursos de reconsideración y/o apelación, o por medio de la negativa tácita que conlleva el silencio administrativo, previsto en las normas que regulan la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁴. También es

3 Tal como es previsto por la Ley 29, de 1 de febrero de 1996, publicada en la *G.O.* n° 22.966, de 3 de febrero de 1996.

4 Aquí cabe recordar la verdadera naturaleza y función de la *vía administrativa o gubernativa* como de antiguo se le conoce a la esfera de competencia ejercida dentro de la propia Administración que trasunta un instrumento de control, constituido por los recursos legales que el *procedimiento o proceso administrativo* (comúnmente de reconsideración y apelación) prevé para modificar, aclarar, revocar o anular un acto, que el particular estima lesivo de su derecho subjetivo o interés legítimo. Éste es el concepto propio de vía administrativa, ella es el *continente* en la que está *contenido* el procedimiento administrativo. Por más que se le acuse de *aletargadora* de la posible solución y reparo de los derechos de los ciudadanos que litigan contra la Administración, técnicamente no es posible endilgar mala fe a la Administración activa, caso contrario, conllevaría decir que los actos de autoridad son ilegítimos, ilegales o, en última instancia, inconstitucionales. La regla es que todo acto de autoridad administrativa, jurisdiccional e incluso las leyes del parlamento se presumen legales y ajustadas a la Constitución. Es una presunción, por cierto, tan solo de derecho *iuris tantum* que permite ser rebatida; no obstante, si la desconocemos de antemano por un prurito de celeridad eliminando “pasos burocráticos” -los recursos ordinarios- para acudir prontamente al contencioso administrativo, sería patrocinar un dejo de desconfianza a lo que ha dado en llamarse Estado de Derecho. Considero que quienes así piensan tal vez no han contemplado que el efecto jurídico de los recursos dentro del procedimiento administrativo común es *suspensivo* (arts. 170 y 173 Ley 38/00), lo que obliga no a que la Administración se paralice y con ello el desmedro del interés público, sino que esa Administración sea más diligente en despachar o resolver las impugnaciones en su sede, incluso rectificando sus pasos y con ello evitando un conflicto ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; que por demás representaría mucho más costos para el particular. Según la tarifa de honorarios de abogado, una demanda de plena jurisdicción asciende a Bs. 5.000.00, evidentemente que el factor monetario disuadiría a quienes no tengan la capacidad de costear un proceso de esta naturaleza. En la práctica no he conocido que alguien haya litigado ante lo contencioso administrativo bajo el amparo del Estado por pobre (patroci-

posible abrir paso al contencioso una vez resueltos expresamente la petición o el recurso formulado ante ella, o en caso de no admitírsele al interesado los escritos que portan tales gestiones.

Comparar el *derecho de petición* con la institución de la *acción procesal* dice relación necesaria con la naturaleza jurídica de esta última.

Para el jurisconsulto Eduardo J. Couture, del derecho de petición emana la acción judicial. Tal afirmación la hizo, precisamente, al abordar el tema de la naturaleza jurídica de la “acción”. Señala que el derecho de petición es un *derecho cívico* que emana de la Carta Magna y amplía sus interesantes argumentos al respecto diciendo que:

El derecho constitucional de petición no es otra cosa que el derecho de comparecer ante la autoridad. Su origen esencialmente privado, lo configura, apenas, como una *prerrogativa individual* (“*private Bill*”). Sólo al adquirir mayor trascendencia va a ser encarado como un *beneficio de interés común* (“*Right of petition*”).

...

En tanto ese derecho, ejercido ante el Poder Legislativo, ha perdido buena parte de su eficacia por virtud del sistema parlamentario representativo, y ha visto debilitada su importancia ante el Ejecutivo, en razón de no existir una Ley reglamentaria del mismo que cree un deber correlativo de expedirse del poder-administrador, *su significación ante el Poder Judicial se ha hecho muy considerable*.

Ante éste, el derecho de petición asume una característica particular. Mientras que ante los otros poderes configura sólo una relación entre el particular y la autoridad, ante el Poder Judicial involucra a un tercero que se ve, así aún contra su voluntad, envuelto en la petición.⁵ (El destacado es nuestro).

Obviamente que el derecho de petición ejercido ante la Administración personificada en términos generales, en las tres ramas clásicas del Poder Público, vería mermada su eficacia ante la ausencia de una Ley reglamentaria de ese derecho humano; pero, en Panamá, desde el año 1957, hemos contado con la Ley 15⁶ (G.O. N° 13.208, de 29 de marzo de 1957), que desarrolla estableciendo un procedimiento en caso de presentarse una petición, consulta o queja, la reserva legal de la Constitución de 1946 prevista en su artí-

nio procesal gratuito). Además, la sola perentoriedad de la prescripción de la acción privada -que es de dos meses- haría nugatorio el trámite del patrocinio ante la Sala; ¿quién pediría dicha tutela?, si desde el principio es necesario comparecer mediante abogado porque es una exigencia del artículo 56 de la Ley 135 de 1943. Sobre la visión *garantista* de la vía administrativa ver nuestros comentarios en el *Procedimiento administrativo en Panamá*, Edit. Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, 2002, pp. 93 a 96.

5 COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 3° ed., t. I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 34 y 37. Ver los apuntamientos sobre el derecho público subjetivo de petición en nuestra obra ya citada, pp. 137 a 143; igualmente, los interesantes señalamientos de Jaime VIDAL PERDOMO, en ciertos aspectos no compartidos por razones que no cabe alegar ahora, sobre la institución en dicho procedimiento. *Derecho Administrativo*, Edit. Temis, S.A., 10° edic., Santa Fe de Bogotá, 1994, pp. 270 a 275.

6 Esta Ley fue derogada en su totalidad, esto es, fue abolida, al igual que la 36, de 5 de junio de 1998, que introdujo modificaciones a la primera, por el artículo 206 de la Ley 38 de 2000. La Ley 15 desarrollaba las normas de la Carta de 1946 sobre “Derecho de Petición”. La causa de esta supresión obedece a que la Ley 38 de 2000, por medio de su Libro Segundo, vino a unificar las normas legales dispersas sobre el comentado derecho, compilarlas y darles coherencia dentro del procedimiento administrativo. Es obvio que el referido derecho fundamental puede ser ejercido al margen o fuera de un trámite administrativo, aunque, la realidad demuestra que no es infrecuente que sea el procedimiento administrativo su lecho más natural. Cabe aclarar que a pesar de la referida unificación, la Ley 38 no derogó en su totalidad la Ley 33 de 1984, muy importante como antecedente para la modernización de la Administración Pública por medio de un procedimiento administrativo general que tienda a la economía, celeridad y eficacia en la función administrativa del Estado; tampoco derogó *in toto* la Ley 20 de 1985.

culo 42. Esta lacónica Ley, de 6 artículos, sí establecía la obligación de la autoridad -con facultad para decidir respecto de la petición a ella dirigida- de resolverla en el término de treinta (30) días bajo la advertencia, en caso de incumplimiento del precepto, de sanciones consistentes en penas pecuniarias y disciplinarias, inclusivas de la destitución del funcionario omiso, hostil o transgresor de la Ley.

No pierden vigencia los comentarios del expositor Couture que luego de explicar que el carácter representativo que identifica al Parlamento, Asamblea o Congreso ha causado una merma del derecho de pedir ante tal institución, en que por ser elegidos sus miembros adquieren la representación del pueblo, mas en cuanto al auge, significación o relevancia que tiene el derecho de petición ante los organismos que administran justicia, y muy concretamente con el Órgano Judicial, sus palabras son mucho más elocuentes.

En efecto, este órgano del Estado se ve compelido por mandato constitucional y legal a declarar lo que en derecho corresponde a los litigantes o partes en el proceso de que se trate, sin que cuente en modo alguno la voluntad del Juzgador de proveer sobre la petición, y es que, en todo caso, de omitir un pronunciamiento, incurriría en denegación de justicia. De antiguo está vedado al Tribunal incurrir en “*non liquet*”.

Esta circunstancia en que se encuentra el Poder Judicial (léase Jueces y Magistrados), habida cuenta de la delicada, inevitable y esencial función pública de administrar justicia para preservar la paz y estabilidad sociales, resume la beligerancia del derecho de petición ejercido ante la Judicatura; tal es así que Couture nos explica que *la existencia de una Ley reglamentaria, como es la Ley procesal y el deber jurídico de decidir la controversia*, que fue siempre el correlativo de parte del poder público, fueron siempre las notas dominantes del acto jurisdiccional. La existencia de esa misma Ley reglamentaria y de la sentencia como acto de pronunciamiento del poder público, fueron, probablemente, las razones decisivas para que *la acción civil* tuviera históricamente una energía mucho mayor que *la petición ante el poder legislativo o ante el poder administrador*.⁷

Se colige así que Couture sostiene la tesis de la vinculación entre la acción civil y el derecho de petición. A través de esta aserción para él la acción constituye una forma típica del derecho constitucional de petición. Éste es el género, la acción es la especie. Como consecuencia de ello, aduce que en general, toda vez que *la restricción de los procedimientos administrativos* priven al particular de hacer valer eficazmente sus derechos y mucho más cuando luego de la vía administrativa se cierra la judicial, puede admitirse que han sido vulneradas las garantías constitucionales de poder reclamar ante el juez competente. Es lo que en la doctrina alemana y española, por cierto muy extendida, se denomina acceso a la tutela judicial efectiva.

Coincidimos en que cualesquiera sea la materia regulada por los códigos de procedimiento (ya sea Penal, Contencioso Administrativo, Civil, Laboral, etc.) *no son sino la reglamentación del derecho de petición ante los funcionarios del Poder Judicial*.

Existe íntima relación entre el derecho de petición y la acción judicial como viene delineado, y la razón es sencilla; mas no por ello deja de ser de primer orden, ya que es mediante una petición o demanda que se da inicio, generalmente, a un proceso, y así lo señaló el Codificador del año 1917, que al elaborar el primer Código Judicial patrio, concibió la demanda como *la petición* con que se inicia un juicio (*Cf.* art. 299 de ese derogado Cuerpo de Normas).

7 COUTURE, *op. cit.*, p. 37.

A mi parecer, el insigne Ricardo J. Alfaro, a quien se le encomendó la elaboración de nuestro primer Código de enjuiciamiento, fue enteramente prudente y lógico al concebir la norma tal cual ha sido citada, alejando así de la práctica tribunalicia y del foro cualquier complicación enrevesada sobre la hasta ahora indefinida teoría de la acción judicial.

Coordinada también a la postura del epónimo uruguayo, pero sin hacer referencia en su razonamiento a éste, es citable la autorizada opinión del colombiano Guillermo González Charry, quien al comentar el artículo 7 del Decreto N° 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), según el cual “el simple ejercicio del derecho de petición *es distinto* de la acción de litigar en causa propia o ajena y no requiere el uso del papel sellado o timbres nacionales”, destaca, que esa disposición *no señala los medios de distinción entre el derecho de petición y el derecho de acción*, ya que el texto “se limita a decir que son distintos, y por lo mismo hay elementos de confusión entre estos dos derechos tanto en el decreto 2733; como en el N° 1 de 1984 hay elementos de naturaleza equívoca que pueden dar la apariencia que se ejerce el simple derecho de petición, y sin embargo está conduciendo directamente a una acción judicial que comienza con una vía gubernativa, lo que indica que en el terreno administrativo no se puede hacer una separación tan tajante entre los dos casos” (sic) ⁸ (El destacado es nuestro).

Pienso que es una adecuada postura conciliatoria y moderada la expuesta por González Charry, en concreto, más realista y objetiva, porque logra apuntar la imposibilidad de establecer una línea divisoria nítida e inconfundible entre ambas figuras jurídicas reseñadas, por los motivos por él expuestos y que ya fueron adelantados por nosotros desde prácticamente el inicio de este bosquejo jurídico⁹.

1. Tesis de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia acerca de la materia objeto de estudio

A. Pleno

La jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema, al conocer principalmente de demandas de inconstitucionalidad, ha abordado lo referente a la relación entre el derecho de petición y la acción judicial, desde mediados de los años “50”.

En sentencia de 4 de enero de 1956, emitida a raíz del “recurso extraordinario” que interpusiera el doctor Secundino Torres Gudiño contra los artículos 668, 670, 671 y 676 del Código Judicial, relativos al afianzamiento de costas en los juicios ordinarios, esa Máxima Corporación consideró lo siguiente:

⁸ GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo, *Fundamentos Constitucionales de nuestro Derecho Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1984, p. 345.

⁹ En sentido similar pero más explicativo y diferenciador, el también colombiano VIDAL PERDOMO expresa sobre el punto que aunque la rama judicial es el reino del *derecho de acción*, también puede concebirse que ante ella se planteen iniciativas ciudadanas del *derecho de petición*; a continuación de lo que ejemplifica casos como: nombramientos de magistrados y jueces para que ostenten determinadas calidades; sobre horarios de trabajo; sobre realización de diligencias judiciales a ciertas horas, fuera de la queja contra el funcionamiento del servicio que es campo privilegiado para dar curso al derecho de petición. Naturalmente -agrega- que las solicitudes sobre las providencias de un juez, el señalamiento de una diligencia en un proceso, por ejemplo, son objeto ya de los recursos establecidos procedimentalmente para el trámite respectivo y no del derecho de petición. *Derecho Administrativo...*, p. 272.

El recurrente *confunde* el derecho público de petición y queja que establece el artículo 42 de la Constitución Nacional, con la acción judicial ante los tribunales de justicia que establece y reglamenta el Código de Procedimiento. El primero constituye un *acto unilateral* por medio del cual se ejerce la facultad que tiene todo individuo de dirigirse a los poderes constituidos pidiendo la reparación de un agravio o reclamando la intervención en asuntos de interés público; *no inicia proceso alguno* y la solicitud debe ser resuelta en el término de treinta días. En cambio la acción judicial es el medio de iniciar un proceso en el que se ventila conflicto de intereses, y se encuentra reglamentada por normas de procedimiento previamente establecidas en la Ley.¹⁰

La tesis anterior se reitera con posterioridad y es expuesta incluso en la década de los 90, convirtiéndose en una especie de “doctrina legal” para la propia Corte Suprema de Justicia, que ni siquiera se detiene o hace alusión a consideraciones similares a los sólidos razonamientos hilvanados por autores que reconocen lo difícil que implica en el ámbito de la Administración -“rica en situaciones de hecho”- hacer una distinción tajante entre derecho de petición y la acción judicial con su secuela inmediata: el proceso, o bien atribuir el sitio y estimación constitucional que se merece el derecho fundamental contenido en el artículo 41 de la “Norma de Normas”.

Las consideraciones esgrimidas, como ya advertimos, se copian, *mutatis mutandi*, en posteriores resoluciones, caso de la sentencia de 11 de octubre de 1963, bajo la ponencia del Magistrado Manuel E. Díaz Escala, ante la demanda de inconstitucionalidad incoada por Jorge M. Arias en representación del Sindicato de Industriales de Panamá, contra el numeral 3, del artículo 197, de la Ley 67, de 11 de noviembre de 1947, que aprobó el hoy derogado Código Laboral de 1947. Asimismo, en la resolución de 2 de septiembre de 1988, tras la demanda dirigida contra el artículo 83 del Decreto Ley 16, de 30 de junio de 1960, reformado por el Decreto-Ley 13 de 1965 y la Ley 6 de 1980.

Vale, a modo de comentario, reseñar que en esta última sentencia se abordan puntos interesantes como: la aclaración de que *la petición no envuelve necesariamente una respuesta favorable para el petente*; la petición sólo *obliga* a la Administración a resolver en el término de treinta (30) días establecido en el artículo 41 de la Constitución; también se toca lo atinente a la “reserva de información en la Administración Pública” de cara al derecho de pedir.¹¹

Resalta la sentencia de 22 de abril de 1994. El Pleno, actuando como sustanciador el Magistrado Raúl Trujillo Miranda, y acorde con la opinión que plasmara la Procuraduría de la Administración en su Vista, indicó que:

No puede confundirse el derecho que le asiste a toda persona, tal como lo establece la norma constitucional, de presentar peticiones y quejas, acto que procura soluciones en asuntos de interés público o particular, con la norma procesal que establece las formas en que se agota la vía gubernativa y que permite a quien se considere agraviado por la acción administrativa, recurrir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. La *acción de petición* constituye un *acto unilateral* ejercido por la persona ante los servidores públicos en el cual se reclama su intervención en interés social o particular. *No inicia, como reiteradamente ha dicho esta Corporación, proceso de naturaleza alguna.*¹² (El destacado es nuestro).

Los fallos citados incurren en una fatigosa tautología y no otorgan posibilidades de avenimiento entre el derecho fundamental objeto de nuestro estudio y la acción jurisdiccional mediante la instauración o generación de un proceso a través del derecho de petición.

10 Centro de Investigación Jurídica, *Jurisprudencia Constitucional*, t. I, Panamá, 1967, p. 260.

11 Registro Judicial, septiembre de 1988, pp. 15 y ss.

12 Registro Judicial, abril de 1994, p. 65.

En sentencia de 4 de septiembre de 1997, la Sala Plena repitió que hay “una diferencia esencial entre las acciones formales ante la jurisdicción ordinaria o extraordinaria sometidas a un procedimiento e instancias procesales y las peticiones o quejas cuyo trámite es simple y desprovisto de toda formalidad, salvo la exigencia del lenguaje respetuoso”.¹³

La opinión aunque respetable, no nos parece realista y cónsona con los convincentes y juiciosos motivos que nos enseña el maestro Couture, ya expuestos, además de que no se ajusta al haz de posibilidades que se desarrollan en el mundo de relación propio de la Administración Pública.

Esta postura tribunalcia hasta podría tener visos de ser contraria a los principios garantistas en pro del particular afectado, preconizada por Couture, al “insinuar abiertamente” la necesidad de que luego de surtida la vía administrativa esté plenamente anuente la jurisdiccional y así poder acudir al Juez natural a impetrar justicia.

Por otro lado, deja de ser consecuente con los avances que experimenta la concepción del proceso como instrumento garantista, que se plasma en normas tan concretas como la Ley 38 de 2000, que instituyó en Panamá el procedimiento administrativo general, y antes de ésta, la 33 de 1984, que extienden expresamente las garantías procesales a los trámites que se surten en la esfera administrativa en que esté involucrado un particular reclamando un derecho o dilucidando un “status” ante la Administración, o en los denominados procedimientos trilaterales donde la Administración interviene decidiendo los intereses o derechos entre dos particulares.

a. *La posición jurisprudencial frente al principio del debido proceso legal*

Aunado a lo que precede, consideramos que también la doctrina del Tribunal Constitucional contraviene (en el sentido que se opone o colisiona) otra tesis jurídica suya: la construcción jurisprudencial del “debido proceso legal”, que impera en toda esfera de competencia, como bien lo ha señalado el propio Pleno al resolver innumerables demandas de amparo e inconstitucionalidad¹⁴, por lo que resultaría un ripio afirmar que incluso en la administrativa. Corrige así la Máxima Corporación de Justicia la “prolongada tesis” que en el pasado predicara en el sentido que la garantía del previo proceso legal, “due process of law” o debido proceso de ley, estaba restringida al ámbito penal; era una “exclusiva” garantía procesal penal.¹⁵

13 Caso *Natasha SUCRE* demanda la inconstitucionalidad del artículo 1392 de la Ley 29, de 25 de octubre de 1984 (Código Judicial), MP. Aura GUERRA DE VILLALAZ.

14 Hoy en día, la Ley 38 de 2000 potencia este aserto de aplicabilidad del debido proceso en todo tipo de procesos, incluso el administrativo, con lo cual cede -cada vez más hasta quedar en el olvido- la restringida tesis que predicaba la garantía exclusivamente a los procesos penales, toda vez que el artículo 201, numeral 31, al definir “Debido proceso legal” tras describir normativamente las garantías procesales que lo integran dentro del trámite administrativo, por primera vez en nuestro derecho, extiende la figura instrumental a la prohibición del doble juzgamiento -casi parafraseando nuestra Carta Magna- por la misma causa penal, policiva, disciplinaria o *administrativa*. Cabe aquí indicar el reproche que hace el doctor Rogelio FÁBREGA ZARAK a la frase final del artículo 32 de la Constitución para él innecesaria, porque más que una extensión o ampliación de la garantía, la enumeración de los procesos que prohíben el doble juzgamiento se convierte en una “inconveniente limitación” del *non bis in ídem* a sólo ese tipo de negocios procesales. Cf. El debido proceso en la Administración Pública, en *Registro Judicial*, julio de 1995, pp. II-III.

15 Pero, como nada es absoluto, curiosamente, ya entrada la década de los 80 es posible encontrar algún fallo del Tribunal Constitucional (Pleno de la Corte Suprema) con un criterio aparentemente restrictivo de la garantía comentada a la materia penal; es el ejemplo de la sentencia de 25 de marzo de 1988. Caso *Edgardo Gómez demanda la inconstitucionalidad de la Resolución n° AR-OR-05510*, de 27 de diciembre de 1985, emitida por el Administrador Regional de Aduanas, Zona Oriental. Parte de esa resolución indica que el “artículo 32 de la Carta Política esta-

Digo que existe evidente contradicción entre aquella y esta posición de la judicatura, en la medida en que si los negocios adelantados dentro del aparato burocrático del Estado deben proseguirse conforme a los pasos que marca la Ley (debido proceso), entonces: ¿cómo se puede afirmar que el Derecho de Petición “...no inicia... proceso de naturaleza alguna”?, si el debido proceso está tutelado constitucionalmente, en virtud de la interpretación extensiva que del artículo 32 constitucional ha hecho ese mismo augusto Tribunal.

Lo último no tiene justificación aparente a menos que la fórmula sugerida por este criterio sea que al incoarse una petición ante la Administración, ella queda a merced de la *discrecionalidad* de la Autoridad requerida, cuestión a la que debemos dar el beneficio de la duda, o sea, que la actitud frente a dicha posición es de rechazo, porque aun bajo la vigencia de la Ley 15 de 1957, se establecía -como dijimos- el procedimiento que deben seguir las peticiones, consultas o quejas promovidas, previendo incluso, si era de lugar, la fijación de términos para la práctica de pruebas. En caso de existir una reglamentación especial reguladora de la materia que envuelve la petición, tendría que ser considerada y por tanto aplicada para dar cumplimiento al principio del previo proceso legal.¹⁶

La otra salida, que sería la más fácil, es la de desvincular totalmente el derecho de petición de la acción judicial porque tienen ámbitos y naturaleza diferentes, que se resumen en las expresiones predicadas que conciben a la petición como facultad “unilateral” en cabeza de los individuos para dirigirse a los poderes constituidos en procura de la solución de un interés particular o colectivo, y a la acción judicial como el instrumento que inicia un juicio en que se ventila conflicto de intereses y está regulada por el Código de Procedimiento Civil. Tendencia que es advertida en los fallos citados, y que para nosotros no se compadece con una profunda concepción sobre la prosapia del derecho de petición, ejercicio mental que en forma elegante y razonable hizo Couture, del cual nos ilustra.

Con otro matiz, lo dicho implica que el particular debe tener a su disposición acceso a una instancia especializada para que, si hay lugar conforme a la Ley a la protección o reconocimiento de un derecho subjetivo, se repare la lesión que la Administración con su envolvente poder le ha causado mediante un acto desviado de la norma, que una vez anulado enmienda el entuerto e inseguridad en que se ve inmerso, además de, en no pocos casos, ocasionar en su ánimo, desorientación, ante la presencia de un acto administrativo que afecta sus intereses.

Mi opinión parece convertirse en un pronóstico de tipo reservado habida cuenta que todavía a finales de la década de los 90, el Pleno, en uno que otro fallo, ha dicho que la tutela contenida en el artículo 32 de la Carta es para los casos en que exista o haya habido un “proceso judicial” cualquiera, y no mediante la acción de inconstitucionalidad

blece el derecho que tiene todo ciudadano residente en territorio patrio de exigir, *cuando se ve involucrado en situaciones sancionadas por nuestra Legislación Penal*, el juzgamiento de su conducta atendiendo a lo que la doctrina constitucional denomina el “DEBIDO PROCESO”. MP. Gustavo ESCOBAR PEREIRA.

16 Convengo, no obstante, con VIDAL PERDOMO (*Derecho...*, p. 275) en que no todo trámite administrativo configura un procedimiento propiamente dicho, ni tampoco la expedición de un acto administrativo está antecedida obligatoriamente de un procedimiento. Cabe aquí imaginarse, por ejemplo, la multa seguida de una infracción de tránsito. No podría aplicarse el concepto de procedimiento administrativo a “gestiones sueltas ante las autoridades administrativas”, como: solicitar un paz y salvo, un documento, cumplir un trámite menor, por ejemplo. Lo contrario sería propiciar el formalismo y las demoras en la vida de relación administrativa. Por mi parte, he sostenido (*El procedimiento...* pp. 140-141) que no toda petición genera un procedimiento administrativo; empero, sí genera la obligación de la autoridad por mandato de la Constitución y la Ley de responder al petente la misma, de otro modo no tendría significación y efecto práctico el derecho humano que comentamos.

para tratar de impugnar o anular “*actuaciones administrativas* contenidas en una resolución que afectan intereses particulares”, que tiene su cauce propio de impugnación “...pero que no conlleva la instauración de un proceso”.¹⁷

La tesis expuesta podría tener algún grado de acicate en el principio de preferencia de la vía contencioso administrativa a la del control de constitucionalidad y de amparo respecto de actos administrativos; pero no la exclusión de la garantía del debido proceso en los procedimientos administrativos de la esfera gubernativa en que se debaten derechos o intereses legítimos de las personas.

Y es que la fraseología de conformidad con los trámites legales del artículo 32 constitucional, no limita el concepto de juzgamiento a aquella causa ventilada solamente en sede judicial; de otro modo, la tesis amplia del debido proceso extendida por el Pleno de la Corte Suprema desde la década de los 80 del siglo XX, a todo tipo de proceso, no tendría sentido lógico y menos práctico, si no abarcara las diferentes clases de procedimientos administrativos que se desarrollan en la vía o esfera administrativa.

Afortunadamente a raíz de las últimas reformas a la Constitución introducidas por el acto legislativo n° 1 de 2004, con vigencia desde el 15 de noviembre de ese mismo año, se hizo una adición al artículo 32 constitucional que elimina cualquier duda acerca de que en las causas “administrativas” es imperativo para la autoridad garantizar el debido proceso legal. Muy oportuna también y realista es la Constitución venezolana de 1999 (art. 49) cuando de modo contundente expresa que “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...”¹⁸.

Y es que, como lo ha afirmado el doctor Rogelio Fábrega Zarak, respetado jurista recientemente fallecido en el ejercicio del cargo de Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema, la aceptación del principio del debido proceso en el actuar administrativo, su incorporación en todos los actos de las entidades públicas que tengan efectos jurídicos frente a terceros, equivale a convertir la relación de los particulares con la Administración de una relación fáctica, a una relación jurídica, en que las potestades administrativas deben ejercerse de conformidad con las disposiciones legales que las regulan, bajo la vigilancia de los particulares afectados.¹⁹

B. Sala Tercera

Plasmo el tratamiento que esta Sala de la Corte Suprema, que ejerce el control de la legalidad, le ha dado al tema del derecho de petición, porque su enfoque va dirigido, concretamente, a la eficacia y connotación del derecho fundamental más que a la comparación directa con la figura de la acción judicial; sin desmedro de que, por lo menos, implícitamente, se haya producido en algunos pronunciamientos un señalamiento somero de esta última.

17 Cf. En esta senda sentencia de 30 de mayo de 1996. Caso *Las Olas, S.A.* demanda la inconstitucionalidad de la Resolución n° JD-n° 016-94, de 2 de agosto de 1994, expedida por el INRENARE, MP. Eligio SALAS DOMÍNGUEZ, y de 19 de noviembre de 1999. Caso *Maritza Jurado de Herrera* demanda la inconstitucionalidad del Acuerdo n° 47, de 27 de agosto de 1993, expedido por el Consejo Municipal de San Miguelito. MP. Aura GUERRA DE VILLALAZ.

18 República Bolivariana de Venezuela, *Constitución Política*, Edit. Temis, S.A., Jurídicas Rincón, Santa Fe de Bogotá, 2000, p.25.

19 FÁBREGA ZARAK, Rogelio, *op. cit.*, p. XXI.

La jurisprudencia de esta Corporación Judicial se ha abstenido de dar un criterio conclusivo del derecho de petición, porque tratándose de peticiones de carácter general ha dejado de admitir demandas de plena jurisdicción debido a que su causa obedecía a motivos de carácter general “que no vulnera ningún derecho subjetivo del recurrente y cuyo restablecimiento pueda solicitarse por medio de una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción”.²⁰

Sin embargo, en fallo de 30 de abril de 1998, la Sala tras destacar el fundamento constitucional y legal del derecho comentado, describe la consecuencia jurídica que la omisión del ente público de pronunciarse favorable o desfavorablemente respecto de la petición, es que la misma se presume negada transcurrido el término de dos meses previsto por el artículo 22 de la Ley 33 de 1946, y agrega:

[...]si se trata de peticiones como la presente solicitud de idoneidad para ejercer una profesión u oficio el administrado puede ocurrir ante esta Sala..., a efectos de obtener un pronunciamiento sobre la legalidad o no de la negativa tácita de la administración por silencio administrativo.²¹

Como se aprecia, este precedente trasluce la singularidad del derecho subjetivo como reclamable ante la jurisdicción contenciosa para que sea restablecido.

Acerca del carácter o contenido de la respuesta que debe proveer la autoridad ante una petición, la Sala Tercera ha dicho que una respuesta no favorable a aquella “...no puede interpretarse como una violación del precepto legal citado -léase artículo 1 de la Ley 15 de 1957, hoy derogada- cuya razón de ser no es la de dotar a los administrados de soluciones o respuestas favorables a todas las peticiones, consultas o quejas que éstos formulen, sino la de evitar y sancionar la conducta omisiva de los funcionarios públicos, quienes deben resolverlas dentro del término de treinta (30) días”.²²

Más tarde, este Tribunal aunque reitera que el derecho de petición no lleva implícito dar a los administrados “respuestas estimatorias” de sus reclamos, quejas o consultas ante los entes públicos, “...es importante que las corporaciones y funcionarios oficiales respondan con *objetividad, mediante el trámite administrativo que corresponda según la Ley*, la decisión que resuelva el asunto planteado ante sus estrados, es decir, aplicado en base al principio de legalidad (o juridicidad como prefieren calificarlo algunos doctrinarios por ser un concepto mucho más abarcador que nuclea todo el ordenamiento jurídico) las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias conforme a las cuales es posible o no acceder a la petición del interesado”.²³

20 Cf. Auto de 13 de agosto de 1997, que confirma el auto de 16 de junio de 1997 que inadmitió la demanda de plena jurisdicción interpuesta por la Unión Nacional de Consumidores y Usuarios de la República de Panamá contra el Ministerio de Comercio e Industrias.

21 Demanda de plena jurisdicción promovida por Ricardo ANGULO por negativa tácita incurrida por el Consejo Técnico del Ministerio de Salud, MP. Juan Antonio TEJADA.

22 Sentencia de 25 de noviembre de 1998. Caso *José Blandón* demanda la ilegalidad de la orden contenida en la Nota n° 47-S.G., de 14 de mayo de 1997, expedida por el Contralor General de la República, mediante la cual se niega al petente la certificación de los funcionarios que a partir del mes de septiembre de 1994 rindieron declaración jurada de estado patrimonial ante Notario, con fundamento en el artículo 299 de la Carta, así como la copia autenticada de dichos documentos, MP. Mirtza de AGUILERA.

23 Sentencia de 6 de junio de 2002. Caso *Roy Arosemena* demanda la ilegalidad de la negativa tácita por silencio administrativo incurrido por la Contraloría General de la República, ante su solicitud para que se le reconociese y pagara una diferencia salarial devengada durante el tiempo en que fungió como Magistrado Suplente de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial, MP. Adán A. ARJONA.

Este planteamiento jurisprudencial, ya bajo la égida desde el 1 de marzo de 2001 del Libro Segundo de la Ley 38 de 2000, citado por este precedente, es más acorde con el equilibrio entre legalidad y *discrecionalidad* del actuar administrativo, concepto éste que según la doctrina científica más difundida, debe verse siempre con referencia a la Ley.

Por otro lado, la *objetividad* que exige la Sala en la sustanciación del derecho de petición se abriga en el concepto de Administración supeditada al Derecho; de algún modo, una visión garantista de quien tiene como cometido irrefragable la gestión del bien común o interés público. En la búsqueda o cumplimiento de dicho propósito esencial no puede pretextarse la evasión del debido proceso legal, sobre todo si están en juego derechos o intereses de los particulares en el procedimiento de que se trate.

a. *El caso de la “triple terapia”: un precedente singular*

Me veo precisado a comentar este caso bajo un epígrafe específico por cuanto el conocido caso de la “triple terapia” marca una posición bastante discutible, por lo restringida, sobre la proyección que le dio la Sala al derecho de petición. Es el tema concreto del derecho humano a la salud, preservarla y/o recuperarla mediante terapia de los afectados con el virus de inmunodeficiencia adquirida o VIH (SIDA).

En el mes de mayo de 1999, el ilustre abogado César Guevara (q.e.p.d.) presentó una demanda de plena jurisdicción a nombre del señor J.M., para que se declarase nula la negativa tácita por silencio administrativo incurrido por la Caja de Seguro Social, al no contestar una solicitud presentada en enero de 1999, para que se aprobara la compra de medicamentos conocidos como “Triple Terapia”, que, según los estudios, logra controlar el virus del SIDA. Tales medicamentos fueron recetados al paciente desde mayo de 1998 por un galeno de la Caja de Seguro Social; pero no le habían sido despachados al demandante por no estar incluidos dentro del cuadro básico o listado oficial de medicamentos de la institución.

La Sala no admitió la demanda *in limine litis* y, luego de una serie de consideraciones, cita el artículo 1195 del Código Fiscal para deducir del mismo que “el derecho de petición puede ser ejercido cuando se cree tener un derecho, o cuando simplemente se espera tener un beneficio cuya obtención depende enteramente de la discrecionalidad de la Administración para concederlo”, y agrega:

Este último supuesto es conocido en el Derecho Administrativo colombiano como petición en interés general, misma que realiza un particular para obtener un beneficio propio o para a colectividad, pero que no se apoya en ningún derecho subjetivo, lo que produce que su negativa no constituya un acto administrativo propiamente tal, que ponga fin a una actuación administrativa, ni que pueda ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

El administrativista Miguel González Rodríguez, al describir las características del derecho de petición en interés general señala que ésta no origina actuación administrativa (formación de un expediente administrativo, acumulación de actuaciones o peticiones, período probatorio, incidente de impedimento o de recusación, etc.) ni concluye ella con la expedición de una decisión o acto administrativo general o particular...’ Destaca además, que en relación a esa petición debe recaer simplemente una respuesta y no una decisión, porque no produce efectos jurídicos (crea, modifica o extingue relaciones jurídicas...

Una vez acogida esta tesis doctrinal extranjera se la relacionó al artículo 1195 enunciado y el numeral 3, del artículo 36 de la Ley 135 de 1943, sobre uno de los supuestos

de agotamiento de la vía administrativa²⁴, que exige como requisito para que la solicitud dirigida a la autoridad sea recurrible ante la jurisdicción contencioso administrativa, tal solicitud debe ser de “las que *originan* actos recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa”.

Pero cuáles son esas solicitudes que *prima facie* y sin dar cabida a la incertidumbre portan un contenido capaz de ser revisable ante esa jurisdicción?; la verdad es que no existe un catálogo de algún tipo de peticiones en tal sentido y, lastimosamente, el fallo en mención tampoco ilustra al respecto.

No es fácil precisar cuándo una petición podría derivar en un conflicto ante la jurisdicción contencioso-administrativa luego de ser ventilada en la esfera o vía gubernativa; lo que sí es cierto es que, por regla, tratándose de peticiones que entrañan la afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo del particular o de un tercero, su violación o lesión por la autoridad, es impugnabile ante el contencioso administrativo.

La resolución que reseño de mayo de 1999 vislumbró que lo pedido por J.M, “no se encuadra en ningún derecho o norma legal que conmine a la entidad de seguridad social a comprar un medicamento específico para tratar alguna enfermedad”, ya que esto queda librado a la lista prevista por el Reglamento de Prestaciones Médicas que elabora el cuadro básico o lista oficial de medicamentos que puede despachar la Caja de Seguro Social, y que, en todo caso, depende de las políticas públicas en materia de salud y de seguridad social estatales, y que, por ende, puede ser atendida “*discrecionalmente* por el Estado”.

Para la Sala, los Tribunales sólo tienen la obligación de reconocer los “derechos establecidos para los ciudadanos, pero no están facultados para la dictación de políticas del Estado en materia de salud, como lo requeriría este caso”.²⁵

Disiento básicamente de esta resolución por un aspecto o elemento de sentido común: el derecho humano subjetivo que aspiraba el demandante a que se le tutelara o reconociera es el derecho a la salud con su correlativo, el restablecimiento de la misma mediante el tratamiento curativo que al respecto sea prestado a los asegurados por la Caja de Seguro Social, para aquellos afectados por el citado virus mortal.

Pienso que en este caso lo que se discutía en el fondo no era la obligación de que la Caja provea a los enfermos de SIDA de la “Triple Terapia”, sino que: 1. Se declarase nulo el silencio incurrido por la Administración ante la petición hecha por J.M. en la vía administrativa; y 2. que se otorgara el verdadero sentido al derecho humano de tercera generación consagrado en las leyes bajo el amparo de la Constitución vigente de gozar de salud -totalmente ajeno al matiz *discrecional* que le prodiga la resolución comentada-, en último grado, que ésta procure ser restablecida ante la contingencia de una enfermedad, mediante el servicio público correspondiente, prestado directamente por el Estado, por medio de la Caja de Seguro Social o el Ministerio de Salud, entidades encargadas de velar, primordialmente, por la salud de la población.

24 Las formas de agotamiento de la vía administrativa hoy están reguladas en el artículo 200 de la Ley 38 de 2000, que evidentemente subrogó el artículo 36 de la Ley 135 de 1943 sobre dicha materia.

25 Esta resolución fue apelada pero el resto de la Sala la confirmó mediante auto de 24 de junio de 1999. Señaló el *ad-quem* que si bien la petición “debió ser contestada por las autoridades de la Caja de Seguro Social, mal pudo dar lugar a una ‘decisión’, es decir, a un acto creador, modificador o extinguidor de derechos subjetivos. Sobre el particular no debe perderse de vista, como expresa Gustavo PENAGOS, que el acto administrativo es en sí una ‘decisión’, que tiene por finalidad crear, modificar o extinguir una situación jurídica, esto es, que busca una modificación del orden jurídico externo creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica general o particular, de acuerdo con la ley...”

Claro es que una declaratoria o reconocimiento del derecho reclamado habría de derivar en una obligación del Estado de cumplir con el mismo, dentro de las posibilidades reales para ello, las que no están basadas, exclusivamente, en cuestiones presupuestarias o “socio-políticas” más que “jurídicas” como apuntó el referido fallo, sino en que la enfermedad pueda curarse, para lo que, previamente, salvo mejor opinión de los entendidos, el enfermo tendría que responder a la terapia o tratamiento idóneo.

Esta resolución posteriormente ha sido citada por la Sala Tercera con un sentido que intenta opacar la proyección real del derecho de petición, porque para el Tribunal²⁶ es necesario distinguir el citado derecho de “otro tipo de actuaciones, recursos o solicitudes encausadas en las instancias administrativas, que originan actos recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa”.

Señalo esto porque en la vía administrativa es común que algunos procedimientos, sobre todo los disciplinarios, respecto de aquellos funcionarios que no gozan de estabilidad en el cargo, empiezan con el acto de destitución u otra acción de personal que prescinde de todo tipo de trámite previo o cargos contra el “infractor”; de allí que, lo que resta a los justiciables es presentar los recursos contra la respectiva medida disciplinaria, que si bien no puede ser catalogado como derecho de petición, no hay duda que es producto de un procedimiento administrativo (aunque precario).

Cabe recordar, no obstante, que existe jurisprudencia de la Sala que ha señalado que respecto a esta clase de servidores del Estado no es menester desarrollar un trámite disciplinario, incluso el acto sancionador puede carecer de motivación, ya que, al ser de libre nombramiento, su remoción es de igual naturaleza²⁷.

La posición jurisprudencial al respecto no la comparto, aunque éste no es el momento para explicar las razones. Tan solo señalo que una postura similar existe en el derecho colombiano; sin embargo, el Consejo de Estado ha impuesto algunos matices al acto que alegando una presunta facultad discrecional, lo que oculta, en el fondo, es una remoción del destino público por motivos de carácter, por ejemplo, político, que configura así una causal de nulidad por evidente *desviación de poder*.²⁸

26 Cf. Sentencia de 11 de abril de 2002. Caso *José Javier MULINO* demanda la negativa tácita por silencio administrativo incurrido por la Junta Directiva de la Autoridad de la Región Interoceánica ante su recurso de apelación contra la Resolución n° 104, de 30 de mayo de 2000, expedida por el Administrador de la institución que lo destituye del cargo de Evaluador de Proyectos, MP. Adán A. ARJONA.

27 Cf., por ejemplo, sentencia de 14 de junio de 2000. Caso *Narciso MONTENEGRO* demanda en plena jurisdicción el acto de destitución contenido en la Nota n° DRH-179, de 11 de marzo de 1997, de la Jefa de Recursos Humanos del Ministerio de Desarrollo Agropecuario. En este fallo, acerca del tema abordado, aun se llega a afirmar que “...los funcionarios que no gozan de estabilidad...pueden ser removidos de sus cargos discrecionalmente por parte de la autoridad nominadora o de quien en su momento tenga la atribución legal para ello. *Tal decisión no tiene que ser necesariamente motivada y sólo basta que se considere su conveniencia y oportunidad*”. MP. Mirtza de AGUILERA.

28 Entiéndase por *desviación de poder* aquel “vicio de los actos administrativos que se genera, como señalan los tratadistas DE LAUBADÉRE, VENZIA y GAUDEMÉT, cuando la autoridad administrativa ejecuta o expide un acto de su competencia pero en desarrollo de una finalidad distinta de aquella por la cual el acto podía ser legalmente expedido”. Cf. Sentencia de la Sala Tercera de 17 de agosto de 1992. Caso *la Procuradora de la Administración*, a solicitud del Consejo de Gabinete, demanda la nulidad de los contratos de suministro de billetes, chances y boletos de lotería n° 87 (123) 157, de 27 de enero de 1988, y 88 (123) 100, de 30 de enero de 1989, entre la Lotería Nacional de Beneficencia y los señores Jorge y Tomás Gabriel ALTAMIRANO MANTOVANI. MP. Arturo HOYOS. El art. 201, numeral 37, de la Ley 38 de 2000, prevé el *concepto legal de desviación de poder*, como vicio que trasluce la apariencia de un acto de estar ceñido a derecho pero que, en realidad, ha sido adoptado por motivos o para fines diferentes a los determinados por la Ley. No obstante, vale hacer la salvedad que a partir de la vigencia de esta Ley la *desviación de poder* pasa a ser un vicio o causal de nulidad relativa del acto, que puede provocar la *anulabilidad* de éste

III. COROLARIO

Ha quedado al descubierto nuestra posición: existe una estrecha relación entre el derecho de petición y la acción judicial, que para el caso que en este instante resaltamos se trata de la acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho como la denominan los colombianos, la cual se utiliza -ya que esa es su naturaleza- para reparar agravios inferidos a los justiciables por un acto administrativo infractor de la Ley o Reglamento, y que tiene como presupuesto previo la controversia en la vía administrativa donde se ventiló, en la *generalidad* de los casos, un proceso administrativo.

La petición ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, entendemos que viene a proseguir esa tramitación surtida en la “vía gubernativa” de la cual hay constancias procesales sin las cuales se hace inadmisibile (y tal vez impensable e inaceptable) proseguir un juicio para la restitución plena de derechos subjetivos vulnerados al petente (recordemos, tan solo para consolidar la posición esgrimida, la necesidad del agotamiento de la vía gubernativa; que se ataque el acto originario que causa estado y no simplemente el confirmatorio; la prueba de la notificación del acto que se impugna, a efectos de comprobar que la acción de plena jurisdicción ha sido interpuesta dentro del término legal; la acreditación o aportación a cargo del demandante, si es el caso, de elementos de juicio a satisfacción de los Magistrados, de que ha operado el silencio administrativo; la correcta designación de las partes, entre otros presupuestos). Es, en suma, de acuerdo a nuestro humilde criterio, una *secuela* que tiene como denominador común el ejercicio del derecho fundamental de petición.

(Cf. art. 53); mientras que al amparo del derogado artículo 26 de la Ley 135 de 1943 -que contenía de antiguo los motivos de nulidad de los actos administrativos-, era una causa de *nulidad absoluta*.

§43. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO

Román J. Duque Corredor

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello

*In memoriam de José Román Duque Sánchez,
el más constitucionalista de los procesalistas
y el más procesalista de los constitucionalistas*

I. EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO Y EL SISTEMA DE GARANTÍAS CIUDADANAS

En la última década del Siglo pasado surgió en Iberoamérica, lo que se denominó “el nuevo constitucionalismo” o el “constitucionalismo moderno”, cuyo objetivo, propiamente, más que la reforma de la estructura organizativa del Estado para hacer eficiente la gobernabilidad, garantizar plenamente el Estado de Derecho y profundizar la democracia, fue establecer *verdaderos sistemas constitucionales de protección de los derechos humanos*. En este constitucionalismo moderno el sujeto es el ciudadano y el objeto o instrumento es el Estado. Es la tendencia de convertir la Constitución en un “*Derecho antropocéntrico*” en lugar de un “*Derecho estatocéntrico*”.

II. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO: PRESUPUESTOS

En este constitucionalismo moderno, dentro del contexto del Estado de Derecho y de la creación del sistema de protección de los derechos humanos, es decir, dentro del llamado “*estatuto de las garantías ciudadanas*”, el proceso es considerado como una garantía fundamental, a través de la consagración del *principio constitucional de la tutela judicial efectiva*, en el artículo 26 de la vigente Constitución, que propiamente consiste en el derecho de conseguir una decisión fundada en derecho y el de obtener su ejecución¹. Y, que para asegurarlo se reconocen las garantías constitucionales del derecho a la acción y del derecho al debido proceso. Esta evolución ocurre sin que la ciencia procesal hubiera terminado su discusión sobre el trípede procesal de la acción, el proceso y la jurisdicción. Principio-Garantía este que se refuerza con el reconocimiento en el ámbito constitucional de la autonomía e independencia de los tribunales, la estabilidad de los

¹ La doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos que contempla como derecho la protección judicial, en el sentido que el derecho a la tutela judicial efectiva no se agota en el libre acceso y desarrollo de los recursos judiciales, sino que es necesario que el órgano decisorio produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, y que esta decisión final es el fundamento y el objeto final del derecho a la protección judicial que ha de revestirse de las garantías procesales del debido proceso (CIDH, Informe 30/97, Caso 10.087). Esta es la doctrina sostenida reiteradamente por el Tribunal Constitucional Español (v. LÓPEZ GUERRA, Luis, “*La Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, Madrid 200, pp. 275 a 324).

jueces, la libertad de la actividad defensiva de los abogados y en la obligación de cumplir el procedimiento establecido, que en algunos países se establecían en las leyes procesales y de organización del Poder Judicial y no en la Constitución. Y, que hoy forman parte del derecho internacional de los derechos humanos². *El proceso, pues, y la independencia de los tribunales, son una garantía constitucional del principio normativo de la tutela judicial efectiva.*

Para ello ha de partirse de *la acción* como “*un prius*”, reconociéndola como el derecho de acceso a la justicia dentro del principio de la tutela judicial del Estado. Derecho este que se satisface a través del *proceso* como instrumento para conseguir que el Estado ejerza *su jurisdicción* para componer un conflicto o satisfacer un interés mediante una decisión fundada en la aplicación de la ley o de la equidad. Decisión esta que por razones de seguridad jurídica no es revisable por regla general. La cosa juzgada, obtenida dentro del debido proceso, es, pues, una garantía de la tutela judicial efectiva³.

Pero, ello no es suficiente. En efecto, para que se dé la acción y pueda ponerse en funcionamiento el órgano del Estado que ejerce la jurisdicción y para que las partes puedan defenderse y alegar. Así como para que se consiga la decisión del órgano jurisdiccional que ponga término al conflicto, es necesario *ordenar* las actividades de cada uno de los sujetos interesados y participantes en ese complejo de relaciones y actos que es el proceso. Por tanto, se requiere jerarquizar los diferentes actos de los sujetos que participan o intervienen en el proceso, establecer los tiempos y oportunidades para tales actos. Esto se logra mediante un conjunto de reglas que gobiernan el modo de actuar en los procesos que se llevan a cabo por ante los órganos jurisdiccionales, a las que tienen que someterse tanto las partes como el titular de dicho órgano.

Esas reglas es el *procedimiento* del cual depende no sólo el orden y el evitar la anarquía, sino sobre todo la garantía del derecho de defensa y la lealtad de las partes y la igualdad entre ellas y la transparencia, imparcialidad y la justeza de la decisión que dicte el órgano encargado por el Estado de la jurisdicción. Es decir, de la administración de la justicia.

Esas reglas son fundamentales para los derechos de la acción y de defensa y para que la decisión del órgano jurisdiccional resulte ajustada a la ley o a la equidad. Es decir, la tutela judicial efectiva requiere de un procedimiento revestido de garantías que aseguren esos derechos y la sentencia oportuna.

El procedimiento que asegura “una justicia pronta y cumplida”, es decir, “*un proceso justo*”, es hoy día un derecho constitucional que se garantiza a través del llamado “*dere-*

2 Las Resoluciones 40/32 del 29-11-1985 y 40/146 del 13-12-1985, de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobaron “*Los Principios Básicos relativos a la independencia de la Judicatura*”, que con anterioridad habían sido aprobados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 (*Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos 1945-1995*, Documento 53, Serie Libros Azules de las Naciones Unidas Volumen VII, pp. 337 y 338). Estas Resoluciones forman parte del derecho internacional de los derechos humanos y algunas de sus normas son más favorables que las previstas en la Constitución. p.e., el numeral 8 que reconoce a los jueces el derecho de asociación que contradice el artículo 256, último aparte, que prohíbe a los jueces asociarse entre sí.

3 El Tribunal Constitucional Español considera la seguridad jurídica como un límite que impide que los jueces puedan revisar las sentencias firmes al margen de los supuestos taxativos previstos por el legislador (STC 102/84 de 12 de noviembre, Caso *Leggio*, LÓPEZ GUERRA, Luis, *op. cit.*, p. 283).

*cho procesal constitucional*⁴, o de la “*constitucionalización del proceso justo*”. Es decir, mediante normas constitucionales con trascendencia en los diferentes procesos.

Para la constitucionalización del proceso se siguen *tres vías*: 1) Se consagran principios constitucionales procesales “*principios constitucionales del proceso*” 2) Se consagran normas procesales en la Constitución “*derecho procesal constitucional*”, *estricto sensu*. Y, 3) Se elevan a normas constitucionales normas procesales “*principios o normas procesales constitucionales*”

III. CONSTITUCIONALISMO PROCESAL EN VENEZUELA

Examinaré la constitucionalización del proceso en nuestro país a través de estas tres modalidades.

1. Consagración de principios constitucionales del proceso

Partiendo de la definición que el constitucionalista español Pérez Luño hace de principios constitucionales, como los que *concretizan* en un segundo grado *los valores constitucionales*, es decir, las ideas directivas generales, o valores superiores del ordenamiento jurídico (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984), como la libertad, la igualdad, la vida y la justicia, que se indican en el artículo 2 de la Constitución vigente, es posible señalar como *principios constitucionales procesales*, los siguientes:

1. *El de la justicia pronta y cumplida*, que se deriva del principio-garantía constitucional general de la tutela judicial efectiva y expedita para obtener la sentencia que corresponda (*congruente*), a que se contrae el artículo 26 constitucional.
2. *El de la gratuidad de la justicia* expresamente contemplado en el último párrafo del citado artículo 26.
3. *El de la simplificación de los trámites procesales*, a que hace referencia el artículo 257 del Texto Fundamental.
4. *El de la uniformidad de los procedimientos* enunciado en este mismo artículo 257.
5. *El del debido proceso* que según el artículo 49 *eiusdem*, determina las siguientes *garantías constitucionales* para todo proceso:
 - a. La defensa y la asistencia jurídica como derecho inviolable
 - b. La notificación o citación previas y adecuadas en todo juicio.
 - c. La amplitud y plenitud probatorias y la nulidad de las pruebas violatorias del debido proceso.
 - d. El derecho del contradictorio o el derecho a ser oído en los procesos.
 - e. Previsión legal de lapsos adecuados para ejercer la defensa.
 - f. La presunción de inocencia.

4 ROSAS, Roberto, *Direito Processual Constitucional, Principios Constitucionais do Processo Civil*, 3º edicao, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, Brasil, 1999.

- g. El derecho a un juez natural, competente, independiente e imparcial.
 - h. La prohibición del doble juzgamiento o de respeto a la cosa juzgada.
 - i. El derecho a recurrir contra los fallos judiciales.
 - j. La invalidez de la confesión bajo coacción de cualquier naturaleza.
 - k. El derecho a no ser condenado por un hecho no previsto en la ley como delito o falta.
 - l. El derecho a resarcimiento por la responsabilidad del Estado o de los jueces por el error, retardo u omisión judiciales injustificados.
6. El de la igualdad ante ley procesal, enunciado en el artículo 21 *eiusdem*.
7. *La consagración de los medios alternativos a la jurisdicción formal para la solución de conflictos* (mediación, conciliación y arbitraje), según el artículo 258, *eiusdem*.
8. *El reconocimiento de jurisdicción a las autoridades legítimas de los pueblos indígenas*, como instancia de justicia para sus tradiciones ancestrales, según el artículo 260.
9. El reconocimiento de la justicia de paz en las comunidades, o *justicia consuetudinaria*, en el artículo 258.
10. La atribución de *la justicia constitucional* a todos los jueces y de *la jurisdicción constitucional concentrada* a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tal como se desprende del encabezamiento y del último párrafo del artículo 334, en concordancia con los artículos 27, 28 y 29, y conforme lo previsto en el numeral 1 y en aparte último del artículo 266; y en los artículos 335 y 336, respectivamente, de la Constitución. Y;
11. La garantía de *la seguridad jurídica* en el sistema socioeconómico, conforme el artículo 299, *ibidem*.

A. Desarrollo jurisprudencial

La concepción constitucional del proceso, contenida en el artículo 257, en cualquiera de sus vertientes, permite calificarlo como instrumento fundamental para la realización de la justicia y como elemento axiológico de la más alta jerarquía y que dota al juez de la investidura suficiente para asegurar los derechos de los ciudadanos (SC S de 09-04-2003, Exp. N° 02-0959). Por ello, *el proceso está al servicio del derecho sustantivo*, puesto que es el instrumento para que éste se aplique, por lo que es inconcebible un proceso que solo sirve para satisfacerse a sí mismo, por lo que una causa que se consume en planteamientos de índole procesal, que le impide avanzar, debe ser saneada con urgencia, aplicando los principios constitucionales previstos en los artículos 26 y 257, para lograr que el proceso cumpla sus fines tanto en sus fases de conocimiento como de ejecución (SC S N° 44 de 04-04-2001). Así, *la desidia procesal* que ha rebasado el término de prescripción del derecho controvertido, a partir de la última actuación de los sujetos procesales, permite al juez de oficio o a instancia de parte, “declarar extinguida la acción, previa notificación del actor”, porque, por aplicación del artículo 26 *ibidem*, tal desidia procesal es muestra inequívoca que los accionantes perdieron el interés procesal en la causa (SC S N° 956 de 01-06-2001, Caso *Valero Portillo*).

Por otra parte, *el derecho del debido proceso* ha sido reconocido por la Sala Constitucional como *la garantía del Estado de Derecho* (S N° 288 de 19-02-2002, Caso

R.T.Nishizaki). O, “pilar fundamental del Estado de Derecho y de Justicia propugnado en el artículo 2° de nuestra Carta Magna, pues reafirma la preeminencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos” (SC S N° 2084 de 10-09-2004, Caso *Asociación Civil Alejandro Ballesteros*). El carácter universal del debido proceso, se deriva, conforme al texto del artículo 49, porque los derechos que lo integran pertenecen a todos los ciudadanos insertos en la relación procesal y porque tienen aplicación tanto en sede jurisdiccional como administrativa (Sentencia n° 2084, mencionada). Su violación, por otra parte, existe cuando la infracción de reglas legales procesales resulte impeditiva del goce o ejercicio de los derechos y facultades garantizados en el artículo 49, ya citado (SC S de 14-02-2003, Exp. N° 02-0898). Esos derechos del debido proceso son “*un conjunto de principios rectores que gobiernan la institución*” (SC S N° 2084, ya referida). Por ejemplo, *la ausencia de citación* infringe no sólo el derecho a la defensa, sino también el debido proceso (SC S N° 2560 de 09-11-2004, Caso *Maria Milagros Hernández de Kristoff*). De manera que *la citación personal*, nunca, en circunstancia alguna, puede ser excusada ni sustituida su ausencia, ni nadie puede derivar derechos de un proceso cumplido sin que haya sido practicada, por su vinculación con el orden público, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva (S del 18-07-2000, Exp. N° 00-0273 y S N° 2574 de 11-11-2004, Caso *Carlota Salazar Calderón*). De aquí se deriva la exigencia de extremar en lo posible el emplazamiento personal del demandado, por lo que las otras formas de emplazamiento, como el cartel o el edicto, son medidas supletorias del llamamiento al proceso de los interesados. E, igualmente, que en los casos donde no exista una relación extraprocesal documentada donde alguien es reconocido como deudor u obligado, no procede en su contra la intimación de un proceso monitorio o ejecutivo, y que permitir lo contrario es infringir el derecho a la defensa (SC S N° 2210 de 21-09-2004, Caso *Consortio Inversionista La Venezolana, C. A.*).

Sin embargo, en los casos de *medidas anticipadas* previstas en las leyes, no se genera indefensión al demandado, porque éste se puede resistir a la medida a través de los medios otorgados por el propio ordenamiento jurídico, y puesto que en definitiva el órgano judicial competente, a través de una serie de actos ordenados en un proceso sumario, pero contradictorio, es el que dicta la sentencia contentiva de la providencia preventiva (SC S N° 2754 de 24-09-2003, Caso *Tiendas Karamba V, C.A.Y, S N° 2544 de 08-11-2004, Caso Tienda El Emperador, C. A.*). Al igual que cuando se trata de medidas anticipadas en *prevención de daños inminentes al medio ambiente* y que interesan al colectivo (SC S N° 2712 de 29-11-2004, Caso *Dilego, C.A.*). De manera general, la Sala Constitucional respecto de las medidas cautelares, en materia civil, mercantil y de protección de los niños y adolescentes, como manifestación de la tutela judicial efectiva, ha sostenido reiteradamente que su urgencia aconseja incluso que se puedan ordenar sin oír al afectado, y no por ello se le causa lesión, ya que no son sino unas medidas provisionales que no prejuzgan el resultado del proceso y que tienen por finalidad única proteger al solicitante de la misma, por el aseguramiento de una posterior ejecución. O, garantizar la posibilidad de satisfacer las necesidades básicas para el desarrollo de estos menores, que es un interés superior (S N° 1876 de 31-08-2004, Caso *Lis Coromoto Hernández Muñoz*, que reitera sentencias anteriores).

Desde otro orden de ideas, los jueces de la causa, como directores del proceso, están llamados a velar por la recta aplicación de las garantías procesales del debido proceso (SC S N° 2548 de 08-11-2004, Caso *Zogermely Ochoa y otros*). Pero, no les está permitido a los jueces, por la garantía del debido proceso, ordenar la realización de actos procesales que no están preceptuados por la ley (SC S N° 1737 de 25-06-2003, Caso *Gente*

del Petróleo). Y, también se infringe la tutela judicial efectiva cuando se emplea “*un proceso con fines fraudulentos*” (SC S N° 2548 de 08-11-2004, ya citada”). O, cuando es absolutamente evidente la mala fe al intentarse acciones temerarias para burlar la justicia (SC S N° 2543 de 08-11-2004, Caso *María Teresa Firvida de Vázquez*).

Asimismo, para garantizar el debido proceso, en los casos de *fraude procesal*, aunque se trate de la violación constitucional del derecho a la defensa, se requiere, por regla general, acudir al proceso ordinario, por las garantías que éste brinda, porque la apariencia que crea la colusión no pone de manifiesto la violación inmediata de la Constitución. Y, sólo por excepción, la declaratoria de fraude procesal se puede obtener por la vía del amparo, si del expediente surgen elementos inequívocos del fraude, es decir, signos patentes de la utilización del proceso con fines distintos de los que le corresponden (SC N° 908 del 04-08-2000, Caso *Hans Gotterried Ebert Dreger*. S N° 2749 de 01-12-2001, Caso *Urbanizadora Colinas de Cerro Verde C. A.*, y S N° 2548 de 08-11-2004, Caso *Zogermely Ochoa y otros*).

La fuente general de los derechos y garantías del debido proceso es *el derecho a la tutela judicial efectiva*, que comprende el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, el derecho a obtener una decisión fundada en derecho y el derecho a que sea efectiva, así como que la administración de justicia se efectúe conforme a procedimientos preterdeterminados por la ley. No comprende el derecho que la decisión sea la pretendida por la parte, sino que la decisión se obtenga dentro del proceso legalmente establecido y desarrollado sin infracción de los particulares derechos adjetivos a que se refiere el artículo 49 y con las características de celeridad, ausencia de formalidades no esenciales y otras contempladas en los artículos 26 y 257, *eiusdem* (SC S citada). Por ello, “un Tribunal siempre tiene que decidir” sobre lo que se le solicita (SC S N° 2558 de 09-11-2004, Caso *Hidrosuroeste*). Asimismo, cuando se desconocen normas constitucionales, haciéndose interpretaciones restringidas en contra del interés social, los jueces violan el derecho a una tutela judicial efectiva (SC S N° 2548 de 08-11-2004, Caso *Zogermely Ochoa y otros*).

El principio de la tutela judicial efectiva, que es la fuente de la garantía del proceso al servicio de la justicia, no sólo la infringen los tribunales sino también la contraparte al obstruir la administración de justicia (SC S N° 2543 de 08-11-2004, Caso *María Teresa Firvida de Vázquez*). E, igualmente los tribunales arbitrales constituidos en el extranjero al desconocer decisiones de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia que reconocen jurisdicción a los tribunales venezolanos para conocer de las controversias derivadas de un contrato (SC S N° 2635 Caso *Consortio Barr, S. A.*).

Asimismo, la Sala Constitucional considera que los medios alternativos para la solución de conflictos, *forman parte de la jurisdicción*, siempre que se cumplan mediante un proceso legalmente contemplado o permitido. Y, que son *parte de la actividad jurisdiccional* (Ss. n° 1393 de 07-08-2001, Caso *Fermín Toro Jiménez y otros*; 1139 de 05-10-2000, Caso *Héctor Luis Quintero Toledo* y 827 de 23-05-2001, Caso *Grupo Inmensa y Coeresmalt*). Por mi parte, pienso, por el contrario, que son *medios alternativos no jurisdiccionales*, porque por el acuerdo arbitral se renuncia a la jurisdicción y porque se basan en el consenso o autonomía de la voluntad de las partes y porque los órganos dirimentes carecen de la potestad de ejecutar sus decisiones. Pero, por su constitucionalización los medios alternativos pueden referirse a la creación de tribunales arbitrales, no sólo para que decidan conflictos, sino incluso para que reciban pruebas anticipadas para incorporarlas después al procedimiento arbitral (SC S N° 1571 de 22-08-2001, Caso *Asodeviprilara*). Pienso que también para que se acuerden medidas anticipadas.

También la Sala Constitucional considera que el control constitucional difuso corresponde incluso a la “*jurisdicción alternativa*” (S. N° 833 de 25-05-2001, Caso *Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao*). Y ello porque es una potestad de todos los jueces que persigue la indemnidad de la Constitución y un imperativo que les impone de manera directa el artículo 334 de la Constitución (SC S N° 620 de 02-05-2001, Caso *Industrias Lucky Plas, C.A.*).

A mi juicio la exigencia del artículo 26 constitucional que la sentencia que se dicte al ejercerse el derecho de acceso a la justicia sea la que se corresponda, otorga *jerarquía constitucional* al requisito de la *congruencia* de las sentencias al cual se contrae el numeral 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, y a la obligación de los jueces de decidir conforme a *lo alegado y probado*, contemplada en el artículo 12 *eiusdem*. La Sala Constitucional considera que la tutela judicial efectiva comprende también el derecho que los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y que mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y extensión del derecho deducido (S de 02-06-2003, Exp. N° 02-1617). Asimismo, señaló que *la incongruencia y la indeterminación* de las sentencias son defectos que alteran el derecho a la tutela judicial efectiva (S N° 979 de 2002). Al igual que cuando los jueces ignoran argumentos presentados por las partes o al omitir pruebas promovidas por éstas, se configura la violación de los derechos que configuran el debido proceso (SC S N° 2447 de 21-10-2004, Caso *Lérida Mercedes Albornoz de Peña*).

Asimismo, la Sala Constitucional considera *la motivación de las sentencias* como un requisito de jerarquía constitucional, porque garantiza el derecho a la defensa de las partes y, por ende, la inmotivación comporta una violación a la garantía del debido proceso (S N° 241 del 25-04-2000, Caso *Gladys Rodríguez de Bello* y S N° 2538 de 08-11-2004, Caso *Gonzala Lourdes Valdés Sequeira*). Pero también cuando un juez modifica un criterio jurisprudencial que ha fijado, sin razón alguna, ante una situación idéntica, a la que aplicó el criterio modificado, infringe la garantía de la transparencia de la justicia (SC S N° 2525 de 04-11-2004, Caso *Lilia Trujillo Ortiz*). E, inclusive el juez tiene la obligación de indicar las razones de hecho y de derecho por las cuales estima o rechaza determinada prueba, sin que el examen de la legalidad o pertinencia de la prueba pueda ser, en modo alguno, arbitrario o errado, pues la prueba que estima o desecha, como consecuencia de tal análisis, puede ser determinante para el juicio (SC S N° 1954 de 07-09-2004, Caso *Natividad Mallma de Yunis*).

El *derecho a reclamar resarcimiento por las faltas de los jueces*, reforzado por el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, contemplado en el artículo 140 de la Constitución, permite desestimar la tesis que sostiene, con fundamento en los artículos 831 y 832 del Código de Procedimiento Civil, la falta de responsabilidad del Estado por la supuesta responsabilidad principal de los jueces.

En ese orden de días, en lo relativo al cómputo de *los lapsos procesales*, lo esencial para que se garantice el derecho a la defensa y el debido proceso es atender a la naturaleza del acto, porque si éste implica una actuación que deba ser realizada exclusivamente cuando el tribunal despache, las partes han de tener acceso al expediente o al propio juez, por lo que los términos o lapsos para la realización de tales actos se computarán *en función de aquellos días en que el tribunal acuerde despachar* (SC S N° 319 de 09-03-2001).

Por aplicación inmediata y directa del artículo 8, numerales 1 y 2, literal “h” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que desarrolla el principio de *la doble instancia* como garantía del debido proceso, en los procedimientos breves todo asun-

to es apelable independientemente de su cuantía (SC S N° 328 de 06-03-2001, Caso *Giovanni Selvaggio Spadafino*). Porque el derecho a los recursos es un derecho fundamental que está comprendido en el más amplio derecho a la tutela judicial efectiva (SC S N° 607 de 21-04-2001, Caso *Juan Martínez y otro*).

En los casos de decisiones interlocutorias dictadas en fase de ejecución, donde ya no se puede dictar sentencia definitiva que repare la lesión causada, procede el recurso de apelación o el de hecho, aunque en el proceso de amparo no se admiten incidencias que den lugar a decisiones interlocutorias susceptibles de apelación autónoma, salvo que produzcan indefensión, o que dicha lesión no pueda ser reparada por la sentencia definitiva proferida por el juez de alzada (SC S de 12-12-2002, Caso *Distribuidora Samtronic de Venezuela, C.A.* y, S N° 2600 de 16-11-2004, Caso *Incargo C. A.*).

Finalmente, al consagrarse el debido proceso en el artículo 49 de la Constitución, como un derecho-garantía y en el artículo 334 *ibidem*, la obligación de los jueces de asegurar los valores y principios constitucionales, se otorga base constitucional a la atribución al juez de la dirección de proceso, que se proclama en el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil (SC S N° 2278 de 16-11-2001, Caso *Cipriano Rodríguez*). Sin embargo, las garantías constitucionales que establece el artículo 49 de la Constitución, tienen manifestación distinta según se trate de la naturaleza del proceso en cuestión. Por ejemplo, la prohibición de no confesarse culpable tiene aplicación en el proceso penal pero no en el civil. Y, el principio de la presunción de inocencia no tiene la misma manifestación en el proceso civil, como el de intimación, como ocurre en sede penal (SC S N° 1501 de 06-08-2004, Caso *Instituto Universitario Jesús Enrique Losada*).

2. Consagración de normas procesales constitucionales

Se trata de disposiciones de naturaleza procesal que se encuentran en la Constitución, como las siguientes.

1. *El derecho de acción* para la defensa de los intereses legítimos, que implica el derecho de acceso a la justicia consagrado en el encabezamiento del artículo 26, y la caracterización del servicio judicial como una justicia accesible, que se proclama en el último párrafo de este artículo.

2. *El de la brevedad judicial* que también se enuncia en este artículo 26, ya citado.

3. *La definición de jurisdicción* que se contiene en el artículo 253 *eiusdem*, como la potestad de administrar de justicia y donde cabe la potestad cautelar general para garantizar la tutela judicial efectiva.

4. La consagración de la *competencia* como *limite de la función jurisdiccional*, en atención a lo dispuesto en el segundo párrafo del mencionado artículo 253, que alcanza también a las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, cuyas competencias fundamentales se encuentran en la propia Constitución.

5. La consagración de la *especialización de la justicia*, contemplada de manera general en el artículo 261, *eiusdem*, último aparte, y expresamente para la justicia de niños y adolescentes, en el artículo 78, *eiusdem*; para la justicia militar en el artículo 261; para la justicia laboral en la Disposición Transitoria Cuarta, Numeral 4; y para la justicia agraria en el artículo 262, último párrafo.

6. La definición de la competencia de *la jurisdicción contencioso administrativa, de la jurisdicción constitucional, y de la jurisdicción electoral*, conforme lo dispuesto en los artículos 259, 336 y 297, de la Constitución.

7. *La definición de las competencias de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia*, según el último párrafo del artículo 262 y el artículo 266, respectivamente; y en el artículo 297, *ibidem*.

8. *La consagración de las acciones constitucionales especiales de amparo, de habeas corpus, de habeas data y de la solicitud de investigación y juzgamiento ante los tribunales ordinarios de los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra los derechos humanos*, a que se contraen los artículos 27, 28 y 29, *ibidem*.

9. *La consagración de la competencia de los tribunales ordinarios para juzgar la comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad cometidos por militares*, en el artículo 261, *ibidem*.

10. *La consagración del procedimiento oral, breve y público para los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos*, en el artículo 271, *eiusdem*.

11. *La consagración de la potestad cautelar contra bienes de los imputados o de sus interpuestas personas, en los casos de los delitos mencionados, para garantizar su eventual responsabilidad civil*, a que se contrae el último aparte del artículo 271, ya citado.

12. *La garantía de respetar el debido proceso en el enjuiciamiento de estos delitos*, según el último aparte del artículo citado.

13. *La exigencia de sentencia firme para que se declare la expropiación de cualquier clase de bienes*, según el artículo 115, *eiusdem*. Y;

14. *La exigencia de sentencia firme en los casos de confiscaciones de bienes de personas responsables de delitos contra el patrimonio público, provenientes de enriquecimiento ilícito y de actividades vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes*, contemplada en el artículo 116, *ibidem*.

A. Comentarios y referencia a algún desarrollo jurisprudencial

Por el derecho constitucional de acceso a la justicia el derecho a proponer demandas cuando exista un interés actual o eventual o para precaver situaciones, a que se contrae el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, adquiere respaldo constitucional. En ese sentido, por ejemplo, la Sala Constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia se logra mediante la acción (S. N° 1077 de 22-09-2000). Es decir, no se requiere que la ley prevea la acción para intentar demandas (SC S de 22-07-2000). Y que la garantía constitucional de acceso a la justicia asegura el derecho a solicitar declaratorias judiciales de mera certeza (S. N° 1077 de 02-07-2000, Caso *Servio Tulio León*). Por ello para desechar o inadmitir una pretensión, debe existir legalmente establecida la restricción del acceso a la justicia, para proteger otros intereses tutelados constitucionalmente. O, cuando se incumpla alguna formalidad impretermitible establecida en la ley. Por ello, no contradice los artículos 25 y 257 de la Constitución la declaratoria de perención del recurso de casación por la falta de presentación del escrito de formalización o por el incumplimiento de sus condiciones de modo, lugar y tiempo (SC S N° 1449 de 02-08-2004, Caso *Maritza Ascensión Alayón Alvarado*).

El acceso al proceso donde se solicita justicia, se ejerce mediante *el llamado derecho de acción*, por ello, si este derecho es inadmisibile, no puede el juez resolver sobre la existencia o no del derecho reclamado. En estos casos, la inadmisibilidad puede ser declarada en cualquier estado y grado del proceso, sin que se viole derecho consagrado en el artículo 26 de la Constitución, porque la acción es el presupuesto para acceder a la jurisdicción Y, en los casos de procesos orales la declaratoria de inadmisibilidad de la acción ha de privilegiarse durante todo el proceso (C S N° 1757 de 23-08-2004, Caso *Ramón Celestino Guevara Rojas*).

La norma procesal constitucional de *la justicia oportuna*, refuerza el principio de la brevedad procesal contenido en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil. Y sirvió a la Sala Constitucional para crear la figura de "*la desidia procesal*" como motivo de declaratoria de extinción de la acción, como se señaló con anterioridad.

El artículo 253 de la Constitución permite, dentro de la ciencia jurídica procesal, definir *la jurisdicción como la potestad de administrar justicia*, es decir, sustentar la naturaleza pública de este concepto (SC S de 09-03-2000, Caso *José Alberto Zamora Quevedo* y S de 27-12-2001, Caso *Urbanización Colinas de Cerro Verde*). Por tratarse de una función del Estado, como una prerrogativa de su soberanía (SC S de 04-06, Exp. N° 03-1122). En el ejercicio de esta función cabe *el poder cautelar general de los jueces como garantía de la tutela judicial efectiva*, por lo que las medidas cautelares no son meramente discrecionales de los jueces si se verifica el cumplimiento de los requisitos legales para su otorgamiento. Y en materia de derecho público, en donde están en juego intereses generales, el juez debe realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto (SC S N° 1832 de 24-08-2004, Caso *Hernando Díaz*).

Declarar *perimida la instancia después de vistos*, cuando la paralización del proceso no es de la incumbencia de las partes, representa una violación del derecho de defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva (SC S N° 1758 de 23-08-2004, Caso *Fundación Instituto Tecnológico de Costos de Construcción e Información Tecnológica del Colegio de Ingenieros de Venezuela*, que reitera decisiones anteriores).

La oralidad, la brevedad y la proscripción del excesivo ritualismo del proceso, determinan "*la necesidad de una reforma profunda de nuestro sistema procesal civil, adaptada a los principios constitucionales de brevedad y oralidad que pregona el artículo 257 de la Constitución. "Justicia tardía no es justicia", ni para los ciudadanos involucrados en el litigio, que tienen un interés privado en solucionar su controversia, ni para la comunidad*" (SC S N° 2223 de 22-09-2004, Caso *Vinjeca, C.A.*).

3. Constitucionalización de principios procesales. Comentarios

Diversos principios del proceso han sido elevados a normas constitucionales, reforzando *su naturaleza de orden público*. Tales normas constitucionales son las siguientes:

1. *El principio de la finalidad útil del acto* para justificar las nulidades procesales, se desprende de los artículos 26 y 257, al prohibirse el formalismo y las reposiciones inútiles y el sacrificio de la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. Estos artículos, por ejemplo, elevan a norma constitucional los principios contenidos en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil.

2. *El principio de la esencialidad de las formas* como justificación de la reposición, contenido en el citado artículo 257, que eleva a rango constitucional los artículos 206 y 211 del referido Código.

3. *El procedimiento oral como modelo de justicia* que postula la Constitución, consagrado en el artículo 257, varias veces mencionado. Asimismo, en el artículo 271, *eiusdem*, se consagra el proceso oral para los procesos penales. Estas normas refuerzan la oralidad como forma procesal que ya se había establecido para el proceso de amparo constitucional y para los procesos penales y de protección del niño y del adolescente. Y permiten la aplicación del proceso oral ordinario, a que se contraen los artículos 859 a 879 del Código de Procedimiento Civil, a todas las causas civiles y mercantiles, que no tengan un procedimiento contencioso especial previsto en las leyes.

4. *Los principios de la publicidad, de la verbalidad y de la brevedad del proceso oral* se elevan a categoría de norma constitucional, para el proceso en general, en el artículo 257, *eiusdem*, y en particular para el proceso penal en el artículo 271, *eiusdem* y para el proceso laboral, en la Disposición Transitoria Cuarta, Numeral 4.

5. El artículo 334 de la Constitución que reconoce el control constitucional difuso a todos los jueces, aún de oficio, otorga respaldo constitucional al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil que lo contemplaba como una potestad y no como obligación.

El principio que distingue entre las formalidades esenciales y no esenciales del procedimiento ha servido para que la Sala Constitucional rectificara su criterio por el cual admitía la acumulación de las pretensiones de amparo y de revisión propuestas de manera subsidiaria, ya que cuando se trata de pretensiones con procedimientos incompatibles, la acumulación no procede en ningún caso, es decir, ni en forma simple o concurrente, ni de manera subsidiaria (S N° 1871 de 3-08-2004, Caso *Inversiones Bellcast, C. A.*, que reitera sentencias anteriores). Asimismo, tratándose de correcciones de sentencias, la notificación de las decisiones dictadas fuera de lapso es una formalidad esencial, de modo que debe entenderse que la oportunidad procesal para solicitar ampliaciones o correcciones, es la del día de la notificación del fallo cuya aclaratoria o ampliación se solicita, o la del día siguiente (SC S N° 1587 de 13-08-2004, Caso *Antonio Gremlí Alonso*).

Las normas procesales constitucionales y la constitucionalización de principios procesales, han permitido, por ejemplo, en Venezuela, que los jueces puedan dar como ciertos los hechos comunicacionales (SC S N° 98 de 15-03-2000, Caso *Coronel Oscar Silva Hernández*).

IV. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LA CASACIÓN

Considero como *derecho procesal constitucional* al conjunto de principios y de normas de trascendencia procesal que se contienen en la Constitución y que determinan la modificación de la legislación procesal o su interpretación conforme esos principios y esas normas. De este modo se diferencia del *derecho constitucional procesal* que es el que rige el proceso en la jurisdicción constitucional. Así, teniendo presente la exposición anterior, me referiré a la influencia del derecho procesal constitucional en la casación que es una de las instituciones procesales más emblemáticas del derecho procesal.

1. El Estado de Derecho y sus sistemas de control

El Estado de Derecho es la forma jurídica que el constituyente adoptó para la Nación venezolana, según el artículo 2° de la actual Constitución. La consecuencia principal de esta definición del Estado es la supremacía de la Constitución, como se proclama en el artículo 7°, *eiusdem*, y el respeto al ordenamiento jurídico, según lo determinan los artículos 19,25 y 137, *eiusdem*. Y el efecto de tal consecuencia es *el establecimiento de sistemas judiciales de control del respeto al Derecho*, como lo son:

1. *La justicia constitucional*, que corresponde a todos los jueces, según encabezamiento del artículo 334, para asegurar la integridad de la Constitución y su aplicación preferente.

2. *La jurisdicción constitucional* que corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con el numeral 1 y el último párrafo del artículo 266, y con los artículos 334, 335 y 336, *eiusdem*.

3. *La jurisdicción contencioso administrativa* que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Político Administrativa y a los demás tribunales de esta jurisdicción, conforme el artículo 259, *eiusdem*.

4. *La jurisdicción contencioso electoral*, que corresponde a la Sala Electoral, conforme el artículo 297, *ibidem*, Y;

5. *La casación*, que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en sus Salas Penal, Civil y Social, según el artículo 262, último párrafo, y el artículo 266, Numeral 8 y último párrafo.

La casación es, pues, un medio de control de la constitucionalidad y legalidad de las sentencias y su fuente es la propia Constitución.

A los medios anteriores debe agregarse ahora *el control de la legalidad de las sentencias laborales no recurribles en casación*, a que se contrae el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que permite la revisión de las sentencias que violen normas de orden público. La fuente de este medio judicial de control es la ley y no la Constitución.

2. Principios constitucionales que orientan a la casación como medio de control de la constitucionalidad y legalidad de las sentencias

Los principios y normas constitucionales procesales a que me he referido tienen su influencia en el modelo que debe seguirse para la casación.

Así, en primer término, el respeto del carácter de juez natural del juez de instancia, impide que la casación pueda suplantarle totalmente aún cuando se amplíe la casación sin reenvío. O, en los casos de casación de oficio. Así, la propia Sala Constitucional ha advertido, que la casación no puede suplir las defensas de la parte recurrente y subsanar los errores que eventualmente cometa, no sólo porque está obligada a garantizar el derecho a la defensa de las partes, sino también la igualdad entre ellas. Además, no puede la casación pretender examinar nuevamente las actas procesales, para determinar si la decisión de segunda instancia se ajusta o no a derecho. Porque ello supone convertir la casación en una tercera instancia, contrariando su naturaleza extraordinaria (Cs N° 1803 de 24-08-2004, Caso *Carlos Bender*). En este orden de ideas, en el orden civil, más que en cualquier otro, la casación seguirá siendo principalmente un tribunal de derecho y no de los hechos. Y, aún a la casación social, mediante la casación de oficio, no le es posible suplir defensas a quien no haya recurrido.

Sin embargo, por el principio de la justicia expedita y de la brevedad del proceso, según el constitucionalismo moderno, ha de atenuarse la regla que prohíbe al Tribunal de Casación extenderse al fondo de la controversia. Así, el reenvío procedería sólo cuando al casarse la sentencia la casación no pueda sentenciar porque, por ejemplo, existan hechos que deban ser probados y que no lo han sido. La casación sin reenvío ha de ser la regla en los casos de infracción de ley si las pruebas de la instancia permiten a la casación sentenciar el fondo. Salvo que lo que se quiera es convertir a la casación en una tercera instancia, en cuyo caso, si no existen pruebas, entonces, éstas se realizarían en el tribunal de casación. Pero, ello atentaría contra la garantía del juez natural del debido proceso.

En segundo, término, la simplificación de las formas procesales de rango constitucional impone, a su vez, que se simplifiquen los motivos de casación, reduciéndolos a la violación de las normas jurídicas que regulen las formas esenciales del procedimiento o la resolución del mérito del asunto, y a la violación de las máximas de experiencia.

En tercer término, la brevedad procesal, de rango constitucional, determina que se restrinja el número de sentencias recurribles. Por ejemplo, a las sentencias definitivas o las que tengan fuerza de tales, y que causen cosa juzgada material.

En cuarto lugar, la oralidad que también es de rango constitucional, determina la consagración de la verbalidad en el trámite del recurso de casación, previéndose la escritura sólo para la formalización y para la contestación del recurso y la forma oral para la audiencia de conclusiones y para el anuncio del dispositivo del fallo. Formalidades estas ya previstas para la casación en el nuevo proceso laboral.

En quinto lugar, la simplificación y el antiformalismo determinan la eliminación de la técnica de la denuncia apropiada para la formalización del recurso de casación.

Y, en sexto y último lugar, la primacía de la justicia sobre la forma impone que se amplíe la casación de oficio, pero en interés de la ley y no para no favorecer a las partes, sino para garantizar la integridad del Derecho.

V. REQUERIMIENTOS DE UN NUEVO SISTEMA DE CASACIÓN EN RAZÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL “MENOS DOGMAS Y MÁS RESULTADOS JUSTOS”

En razón de la aplicación de la oralidad como forma procesal han de exigirse formalidades más estrictas para la motivación de las sentencias para permitir su control por la casación. La motivación en los procesos orales es la garantía del debido proceso, puesto que de su argumentación ha de aparecer que en verdad se apreciaron las pruebas incorporadas al debate oral, así como su correspondencia con lo decidido. En otras palabras, que la sentencia es la que corresponde, como se señala en el artículo 26 de la Constitución, que es la finalidad del derecho de acceso a la justicia. Por ello, al igual de lo que acontece con la casación laboral junto con la ausencia de motivación se deben comprender también los motivos falsos, contradictorios o erróneos y la ilogicidad de la argumentación. Incluyéndose en estos motivos el falso supuesto y la incongruencia y la indeterminación de las sentencias y el silencio de pruebas en la inmotivación.

Por otro lado, siendo la casación el control de la argumentación de la sentencia se requiere jueces que sepan más derecho sustantivo, por lo que su selección ha de ser estricta para que quienes ejerzan tan delicada función, de manera que no sólo estén dotados de capacidad y de experiencia, sino que sobre todo tengan dominio del método de la argumentación.

Esta es la verdadera garantía no sólo de la justicia transparente e imparcial, que se postula en el artículo 26 de la Constitución, sino fundamentalmente de protección contra la arbitrariedad y corrupción judicial.

VI. CONCLUSIÓN

La constitucionalización del proceso, derivada del conjunto de principios y normas constitucionales de trascendencia procesal, implica que la meta del proceso es la resolución de un conflicto de fondo, a través del procedimiento legalmente establecido, por el órgano jurisdiccional competente, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos, mediante una decisión racionalmente fundada en derecho o en la equidad, conforme la pretensión deducida por el derecho de acción y adecuadamente probada en el contradictorio del procedimiento. Y, que permita el control de su argumentación por la apelación y la casación, respectivamente.

§44. JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN MÉXICO

Josefina Ponce

Licenciada en Derecho, México

I. RESUMEN

En el presente artículo enunciamos el origen histórico del juicio contencioso administrativo en México, como antecedentes para la actual práctica del mismo contra actos de autoridad a favor o en contra de sus gobernados, además realizamos de manera muy concreta el procedimiento a realizar en un juicio contencioso administrativo, determinando cada fase del mismo y su contenido.

II. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar al estudio del juicio contencioso administrativo, tomemos en cuenta que en un estado de derecho, las autoridades están obligadas a hacer solamente lo que la ley ordena, es decir cumplir con las facultades que esta expresamente les confiere, de esta manera sucede en nuestro país, las autoridades deben respetar siempre el principio de legalidad, establecido en el art. 16 de la constitución de 1917, que en la parte relativa dice: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, *si no en virtud de mandamiento escrito(1), de la autoridad competente(2), que funde y motive la causa legal del procedimiento(3)*. Esta protección legal de los gobernados, obliga a las autoridades administrativas, que actúen siempre con estricto respeto al principio de legalidad.

Entonces cuando las autoridades no respeten este principio, el gobernado podrá inconformarse cuando han sido afectados sus derechos o intereses a través de un acto de la misma naturaleza llamado *Recurso Administrativo*, a efecto de que la autoridad competente lleve a cabo una revisión a fin de que revoque o lo anule de comprobarse su legalidad o su inoportunidad. La autoridad que resuelve o puede resolver sobre el recurso interpuesto, es la propia autoridad que lo dictó, su superior jerárquico o una autoridad diferente.

III. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Origen histórico

Respecto al origen histórico del recurso o de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe considerarse que esta surgió sin discusión alguna en Francia. La creación del Consejo del Estado francés y de sus atribuciones marcan la seguridad de que en este país surgió el tribunal que atendía y resolvía las controversias que se presentaban

entre los administrados respecto a las violaciones o a las supuestas violaciones en las que incurrieran los órganos de la administración pública en materia tributaria y fiscal, respecto a los administrados.

Esta institución tutelaba los derechos de los gobernados en materia tributaria y fiscal frente a los abusos de los agentes estatales de la materia llegó a tener tal prestigio que el estado de Francia se veía obligado a respetar sus resoluciones y a acatarlas aun cuando fuese en detrimento del patrimonio del estado y su prestigio fue tal, mediante las copias de Laferriere, uno de sus más importantes presidentes, que inclusive se pretendía solicitar al consejo de estado, que se convirtiera en vigilante de todos los derechos del gobernado frente al estado.

También en España desde 1888 hubo una ley que abordó algún aspecto contencioso administrativo como lo señala Carlos García Oviedo

2. Origen en México

El establecimiento del contencioso administrativo en nuestro país tiene su antecedente en la Ley para el Arreglo de lo Contencioso-Administrativo del 25 de Noviembre de 1853, conocida como la ley Lares, en la que se prohibió a los Tribunales Colegiados actuar sobre las cuestiones de Administración por la independencia de sus actos y sus agentes frente al poder judicial, con lo que se le concedió al Consejo del Estado el carácter de Tribunal Administrativo, para conocer las controversias relativas a obras públicas, contratos de la administración, rentas nacionales, policía, agricultura, industria y comercio. Este planteamiento provocó, puesto que la idea generalizada era una estricta división de las funciones, por lo que no se podía aceptar que el ejecutivo realizara una función jurisdiccional en ningún sentido y con esa idea se elaboró la constitución de 1857, que en su artículo 97 atribuyó a los Tribunales de la federación dependientes del poder judicial, el conocimiento y resolución de todo tipo de controversias.

Un antecedente más importante del contencioso administrativo en México, lo tenemos en la ley de la Tesorería de la Federación del 10 de febrero de 1927, la cual en su capítulo V, estableció un Juicio de Oposición que se promovía en los Juzgados de Distrito y que debía agotarse previamente la interposición del juicio de amparo. Así llegamos al 27 de Agosto de 1936, en que se promulgó la Ley de Justicia Fiscal, que creó el Tribunal Fiscal de la Federación como un Tribunal con autonomía para dictar sus fallos. Actualmente la constitucionalidad de dicho tribunal ya no se discute, toda vez que si bien la Constitución de 1917, en el texto original del art. 104 no previó la existencia de Tribunales Administrativos, lo cierto es que se hicieron dos reformas y adiciones que fueron publicadas en el diario oficial de la federación los días 30 de diciembre de 1946 y el 25 de Octubre de 1967, que le dan ya un indiscutible sustento constitucional. Del mismo modo en 1976, el art. 73 constitucional se reformó, a fin de darle atribuciones al Congreso de la Unión para el establecimiento de Tribunales Administrativos.

Este precepto fue nuevamente reformado el 25 de Octubre de 1993, cuando en el diario oficial de la federación se publicaron las reformas a diversos preceptos constitucionales, entre los cuales contiene la denominada "Reforma Política del Distrito Federal", y que establecen que ésta entidad deja de ser un ramo más de la Administración Pública de carácter local. En esta virtud la modificación a la fracción XXIX-H del art. 73, consistió en excluir la competencia del Congreso de la Unión para crear tribunales de lo conten-

cioso administrativo que diriman controversias entre los particulares y la administración pública del distrito federal, conforme a lo previsto en el art. 122 base primera, fracción V, inciso N de la carta constitutiva de Derechos.

IV. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

Es un medio en virtud del cual los particulares administrados que se sienten afectados por la falta o la indebida aplicación de una ley administrativa, que vulnere sus derechos, por las autoridades fiscales o ejecutoras de la administración pública, puede acudir a los tribunales administrativos, para que de acuerdo con los procedimientos que establece la ley de la materia, los titulares de estos órganos determinen si en efecto, los órganos de la administración pública a los que se les imputa la violación cometida la han realizado o no y en caso afirmativo declaren la procedencia del procedimiento de lo contencioso administrativo y consecuentemente la nulidad o revocación del acto impugnado.

En consecuencia debe definirse como: un medio que tiene el gobernado para que un acto administrativo sea revisado por una autoridad diferente a la que lo ha emitido, a efecto que se determine la legalidad del mismo y consecuentemente la validez o invalidez del propio acto impugnado.

Andrés Serra Rojas siguiendo a Manuel J. Argañarás sobre el contencioso administrativo dice que el contencioso administrativo es el juicio o recurso que se sigue en unos sistemas, ante los tribunales judiciales y en otros ante tribunales administrativos autónomos, sobre pretensiones fundadas en preceptos de derecho administrativo que se litigan entre particulares y la administración pública, por los actos ilegales de esta que lesionan sus derechos.

V. NATURALEZA JURÍDICA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Mucho se ha discutido sobre el origen, la naturaleza jurídica y sobre la constitucionalidad o la inconstitucionalidad del recurso de lo contencioso administrativo o de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Considero que el origen del recurso o de la jurisdicción de lo contencioso administrativo surgió de la necesidad de que el propio órgano gubernamental demuestre a los administrados no solamente la legalidad de sus actos sino la legitimidad auténtica de los mismos, concibiendo la idea, que para justificarlos, podrían ser analizados por un organismo que no dependiera directamente de la administración y que sin embargo, fundara su acción en leyes, sin sujetarse al control del órgano jurisdiccional.

La naturaleza jurídica del procedimiento de lo contencioso y administrativo, está enmarcada en la respuesta a la pregunta:

¿Qué es lo Contencioso Administrativo? o,

¿Qué es el procedimiento de lo Contencioso Administrativo?

A tal pregunta se puede responder que el contencioso administrativo es un medio por el cual el particular, que considera que ha sido afectado por un órgano de la administración pública, por falta o indebida aplicación de una ley administrativa, puede acudir a

los Tribunales Administrativos en la vía y términos que la ley de la materia establece a efecto de que los titulares de este Tribunal determinen si los órganos de la administración pública han incurrido en la violación aducida por el administrado y en caso afirmativo decretar la nulidad del acto motivo de *litis*.

VI. LEGISLACIÓN

El Código de Procedimientos Administrativos para el Estado de México dice que, el procedimiento y proceso administrativo que regula éste, se regirán por los principios de legalidad, sencillez, celeridad, oficiosidad, eficacia, publicidad, gratuidad, y buena fe; especificando los casos de procedencia del juicio contencioso administrativo, siendo éstos los siguientes:

- I. Las resoluciones administrativas y fiscales que dicten ordenen, ejecuten o traten de ejecutar las autoridades del poder ejecutivo del estado, de los municipios o de los organismos auxiliares de carácter estatal o municipal, por violaciones cometidas en las mismas o durante el procedimiento administrativo, en este último caso cuando trasciendan al sentido de las resoluciones;
- II. Los actos administrativos y fiscales de trámite que dicten, ordenen, ejecuten o traten de ejecutar las autoridades del poder ejecutivo del estado, de los municipios y de los organismos auxiliares de carácter estatal o municipal, que afecten derechos de particulares de imposible reparación;
- III. Los actos que dicten, ordenen, ejecuten o traten de ejecutar, de manera unilateral, las autoridades del poder ejecutivo del estado, de los municipios y de los organismos auxiliares de carácter estatal o municipal, respecto de contratos, convenios y otros acuerdos de voluntad que se hayan celebrado con los particulares en los renglones administrativo y fiscal;
- IV. De los actos administrativos o fiscales que se relacionen con la resolución afirmativa ficta en estas materias, que se configure por el silencio de las autoridades estatales o municipales para dar respuesta a las peticiones de los particulares, en términos de este código;
- V. De las resoluciones negativas fictas que se configuren por el silencio de las autoridades administrativas y fiscales de carácter estatal o municipal, para dar respuesta a las peticiones de los particulares, en el plazo de 30 días siguientes a su presentación, conforme a las disposiciones de este ordenamiento;
- VI. Las omisiones de las autoridades del poder ejecutivo, de los municipios y de los organismos auxiliares de carácter estatal o municipal, para dar respuesta a las peticiones de los particulares, una vez que hayan transcurrido por lo menos 10 días siguientes a su presentación;
- VII. Los reglamentos, decretos, circulares y demás disposiciones generales de naturaleza administrativa y fiscal que expidan las autoridades de poder ejecutivo del estado, de los municipios o de los organismos auxiliares de carácter estatal o municipal, sin que sea obligatorio o requisito previo para promover cualquier otro medio de impugnación en contra de tales determinaciones;

- VIII. Las resoluciones favorables a los particulares, que causen una lesión a la hacienda pública del estado o de los municipios, cuya invalidez se demande por las autoridades fiscales del poder ejecutivo del estado, de los municipios y de los organismos auxiliares de carácter estatal o municipal;
- IX. Los actos que dicten, ordenen, ejecuten o traten de ejecutar las personas que se ostenten como autoridades administrativas o fiscales de carácter estatal o municipal, sin serlo; y
- X. Los demás actos y resoluciones que señalen las disposiciones legales.

VII. PROCEDIMIENTO

1. Partes en el juicio

- El actor;
- El demandado, que tendrá ese carácter:
 - La autoridad estatal o municipal que dicte, ordene, ejecute o trate de ejecutar el acto impugnado.
 - La autoridad estatal o municipal que omita dar respuesta a las peticiones o instancias de los particulares.
 - La autoridad estatal o municipal que expida el reglamento, decreto, circular o disposición general.
 - El particular a quien favorezca la resolución cuya invalidez pida alguna autoridad fiscal de carácter estatal o municipal.
 - La persona que se ostente como autoridad estatal o municipal, sin serlo.
- El tercero interesado, que es cualquier persona cuyos derechos e intereses legítimos puedan verse afectados por las resoluciones del tribunal.

En el proceso administrativo no procederá la gestión oficiosa. El particular que promueva a nombre de otro, deberá acreditar su personalidad, mediante poder notarial o carta poder firmada ante dos testigos. La representación de las autoridades corresponderá a los servidores públicos que señalen, en su caso, las disposiciones legales aplicables. Cuando las partes tengan reconocida la personalidad ante la autoridad administrativa, ésta será admitida en el proceso administrativo, siempre que se compruebe esa circunstancia con las constancias respectivas.

2. Resolución

Las resoluciones del tribunal tendrán el carácter de acuerdos, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas. Los acuerdos son las determinaciones de trámite. Son sentencias interlocutorias las que ponen fin al juicio o recurso, sin decidir la cuestión principal. Las sentencias definitivas son las que resuelven el juicio o recurso en lo principal.

3. La demanda

Esta deberá formularse por escrito y presentarse directamente ante la sala regional correspondiente al domicilio de la autoridad demandada, dentro de los 15 días siguientes al que surta efectos la notificación del acto que se impugna o al que se haya tenido conocimiento del mismo, con las excepciones siguientes:

Tratándose de la resolución negativa *ficta*, así como de omisiones para dar respuesta a peticiones de los particulares, la demanda podrá presentarse en cualquier tiempo, mientras no se notifique la resolución expresa.

En los casos de expedición de reglamentos, decretos, circulares y demás disposiciones de carácter general, podrá presentarse la demanda, dentro del plazo de 30 días posteriores a la fecha en que entren en vigor. También podrán impugnarse estas disposiciones generales, conjuntamente con su primer acto de aplicación;

Cuando se pida la invalidez de una resolución fiscal favorable a un particular, la demanda deberá presentarse dentro de un año siguiente a la fecha de emisión de la decisión; y solo tratándose de resolución negativa ficta podrá ampliarse la demanda, dentro de los cinco días posteriores al que surta efectos la notificación del acuerdo de admisión de contestación de la demanda.

La demanda deberá contener los siguientes requisitos formales:

- El nombre y domicilio del actor para recibir notificaciones y, en su caso, de quien promueva en su nombre;
- El acto o la disposición general que se impugna;
- Las autoridades o particulares que se demanden, en su caso;
- El nombre y domicilio del tercero interesado, si lo hubiere;
- Las pretensiones que se deducen;
- La fecha en que se notifico o se tuvo conocimiento del acto impugnado;
- La fecha en que entró en vigor la disposición general impugnada, en su caso;
- Los hechos que sustenten la impugnación del actor;
- Las disposiciones legales violadas, de ser posible;
- Las pruebas que se ofrezcan; y
- La solicitud de suspensión del acto impugnado, en su caso.

El actor podrá incluir en las pretensiones que se deduzcan en la demanda el pago de daños y perjuicios que se hayan causado, en forma dolosa o culposa por algún servidor público, en la emisión o ejecución del acto impugnado, ofreciendo las pruebas específicas que acrediten la existencia de los mismos.

El actor deberá adjuntar a la demanda:

- Una copia de la misma y de los documentos anexos, para cada una de las partes;
- El documento que acredite su personalidad, cuando no se gestione a nombre propio;
- La copia de la instancia o solicitud no resuelta por la autoridad, que incluya el sello o datos de su recepción, en su caso;
- Los documentos que ofrezca como prueba; y
- El pliego de posiciones y el cuestionario para los peritos, en caso de ofrecimiento de estas pruebas.

Cuando haya necesidad de impugnar actos privativos de libertad decretados por autoridad administrativa, la demanda podrá presentarse por cualquier persona, a nombre del actor, en forma escrita o verbal. El magistrado dictará las medidas necesarias para que, en su caso, el personal de la sala documente la demanda verbal y que el actor la ratifique con posterioridad a su admisión.

Si al examinarse la demanda se advierte que ésta carece de algún requisito formal, el magistrado de la sala regional la subsanará en el momento de admitirla.

En los casos en que no sea posible que el magistrado del conocimiento subsane algún requisito formal de la demanda o que no se adjunten los documentos respectivos, el magistrado de la sala regional requerirá al actor, para que aclare, corrija y complete la demanda o exhiba los documentos aludidos, en un plazo de tres días, apercibiéndolo de que, de no hacerlo, se desechará de plano la demanda o se tendrán por no ofrecidas las pruebas, según el supuesto de que se trate.

Se dictará acuerdo sobre admisión de la demanda, a más tardar al día siguiente de su presentación. En el mismo acuerdo se admitirán o desecharán las pruebas ofrecidas y, en su caso, se dictarán las providencias necesarias para su desahogo y se señalará fecha para la audiencia del juicio, dentro de un plazo que no excederá de los 10 días siguientes.

La sala desechará la demanda, cuando:

- No contenga la firma autógrafa o huella digital del promovente;
- Encontrare motivo manifiesto e indudable de improcedencia; y
- Prevenido el actor para que aclare, corrija o complete la demanda, no lo hiciere.

Admitida la demanda se correrá traslado de ella a los demandados, emplazándolos para que la contesten dentro de los ocho días siguientes a aquél en que surta efectos el emplazamiento. Cuando fueren varios los demandados, el término correrá individualmente.

El plazo para contestar la ampliación de demanda será de tres días posteriores al en que surta efectos la notificación del acuerdo que la admita; la contestación de demanda debe expresar:

- Las cuestiones que impidan se emita decisión en cuanto al fondo del asunto, en su caso;
- Las consideraciones que tiendan a demostrar la ineficacia de los motivos de impugnación del actor;
- Las pruebas que el demandado ofrezca; y
- Nombre y domicilio del tercero interesado, cuando exista y no se haya señalado por el demandante.

El demandado deberá adjuntar a su contestación:

- Una copia de la misma y de los documentos anexos, para cada una de las partes;
- Los documentos que ofrezca como prueba; y
- El pliego de posiciones y el cuestionario para los peritos o su correspondiente adición, en caso de ofrecimiento de estas pruebas.

Se dictará acuerdo sobre la contestación de demanda a más tardar al día siguiente de su presentación. En el mismo acuerdo se tendrán por admitidas o desechadas las pruebas ofrecidas y se emitirán, en su caso, las providencias necesarias para su desahogo.

El tercero interesado podrá apersonarse a juicio a más tardar en la audiencia, formulando alegatos y aportando las pruebas que considere pertinentes; si la parte demandada no contesta dentro del término legal respectivo, el Tribunal tendrá por confesados los hechos que el actor le atribuye de manera precisa, salvo que por las pruebas rendidas legalmente o por hechos notorios, resulten desvirtuados.

En los juicios en que no exista tercero interesado, las autoridades u organismos demandados podrán allanarse a la demanda, en cuyo caso se dictará de inmediato la resolución favorable a la parte actora. La suspensión del acto impugnado se decretará de oficio o a petición de parte. Sólo procede la suspensión de oficio cuando se trate de multa excesiva, confiscación de bienes, privación de libertad por autoridad administrativa y actos que de llegar a consumarse harían físicamente imposible restituir al actor en el pleno goce de sus derechos. Esta suspensión se decretará de plano por el magistrado de la sala regional, en el mismo acuerdo en que se admita la demanda.

En los demás casos, la suspensión podrá solicitarla el actor en el escrito de demanda o en cualquier momento, mientras se encuentre en trámite el proceso administrativo, ante el magistrado de la sala regional que conozca del asunto.

Cuando se otorgue la suspensión, se comunicará sin demora a la autoridad demandada para su inmediato cumplimiento. La suspensión tendrá por efecto mantener las cosas en el estado en que se encuentren, en tanto concluye el proceso administrativo. No se otorgará la suspensión si se sigue perjuicio a un evidente interés social, si se contravienen disposiciones de orden público o se deja sin materia el juicio.

La suspensión podrá concederse con efectos restitutorios siempre que proceda el otorgamiento de la medida cautelar genérica, cuando se trate de actos que afecten a particulares de escasos recursos económicos, actos privativos de libertad decretados al particular por autoridad administrativa o bien, cuando a criterio del magistrado sea necesario otorgarle estos efectos con el objeto de conservar la materia del litigio o impedir perjuicios irreparables al propio particular. La suspensión podrá ser revocada o modificada por la sala, en cualquier momento del juicio, previa vista que se conceda a los interesados en un plazo de tres días, si varían las condiciones en las cuales se otorgó.

Tratándose de multas, impuestos, derechos o cualquier otro crédito fiscal, el magistrado discrecionalmente podrá conceder la suspensión sin necesidad de que se garantice su importe.

Cuando a criterio del magistrado fuere necesario garantizar los intereses del fisco, la suspensión del acto reclamado se concederá, previo aseguramiento de los mismos, en cualquiera de las formas que se establecen en las disposiciones fiscales relativas, a menos que la garantía se hubiese constituido de antemano ante la autoridad demandada.

En los casos en que proceda la suspensión pero pueda ocasionar daños o perjuicios a terceros, se concederá si el actor otorga garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que con aquella se causaren, si no obtiene sentencia favorable en el juicio. Cuando con la suspensión puedan afectarse derechos de terceros no estimables en dinero, el magistrado que conozca del asunto fijará discrecionalmente el importe de la garantía. La suspensión otorgada quedará sin efecto si el tercero da, a su vez, caución bastante para que las cosas se mantengan en el estado en que se encontraban al momento de la violación y pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al actor, en el caso de que éste obtenga sentencia favorable. Para que surta efecto, la caución que ofrezca el tercero, deberá cubrir previamente el costo de la que hubiese otorgado el actor.

En los casos en que la suspensión sea procedente, ésta se concederá en forma tal que no impida la continuación del procedimiento administrativo en el que se haya emitido el acto impugnado hasta dictarse resolución que ponga fin al mismo, a no ser que la continuación del procedimiento deje irreparablemente consumado el daño o perjuicio que pueda ocasionarse al actor.

El acuerdo del magistrado de sala regional que conceda la suspensión del acto impugnado, surtirá sus efectos desde luego, aunque se interponga el recurso de revisión. El acuerdo en que se niegue la suspensión deja expedita la facultad de la autoridad demandada para la ejecución del acto impugnado, aún cuando se interponga el recurso de revisión; pero si la sección de la sala superior revoca el acuerdo recurrido y concede la suspensión, ésta surtirá sus efectos de manera inmediata.

Para hacer efectivas las garantías otorgadas con motivo de la suspensión, el interesado deberá solicitarlo dentro de los 15 días siguientes a la notificación del auto que declare ejecutoriada la sentencia o la ejecutoria respectiva. La sala dará vista a las demás partes por un término de tres días y citará a una audiencia de pruebas y alegatos dentro de los tres días siguientes, en la que dictará la resolución que corresponda.

Las notificaciones que no fueren hechas conforme a lo dispuesto en esta ley, serán nulas. En este caso la parte perjudicada podrá pedir que se declare la nulidad dentro de los tres días siguientes a aquél a que conoció el hecho, ofreciendo pruebas pertinentes en el mismo escrito en que se promueva la nulidad. Si se admite la promoción de nulidad, el magistrado resolverá en un plazo de tres días. En el caso de que se declarara la nulidad, la sala ordenará reponer el procedimiento a partir de la notificación anulada. Cuando ante una de las salas regionales se promueva juicio de la que otra deba conocer por razón de territorio, se declarará incompetente de plano y comunicará su resolución a la que en su concepto corresponda ventilar el negocio, enviándole los autos. Si la sala regional requerida lo acepta, comunicará su resolución a la requirente y a las partes. En caso de no aceptarlo, hará saber su resolución a la sala requirente y a las partes y remitirá los autos a la sección de la sala superior, para que determine la sala regional que deba conocer del asunto, notificando su decisión a las partes y a las salas respectivas.

Cuando una sala regional esté conociendo de algún juicio que sea de la competencia de otra, cualquiera de las partes podrá ocurrir a la sección de la sala superior, exhibiendo copia certificada de la demanda y de las constancias que estime pertinentes. La sección de la sala superior resolverá la cuestión de competencia y ordenará la remisión de los autos a la sala regional que corresponda.

Cuando los magistrados del Tribunal tengan impedimento para conocer de algún asunto, harán la manifestación ante la sección de la sala superior para que lo califique de plano. Cuando proceda, se designará quien deba sustituir al magistrado impedido. Contestada la demanda, el magistrado examinará el expediente y si encontrare acreditada claramente alguna causa evidente de improcedencia o sobreseimiento, a petición de parte o de oficio, emitirá la resolución en la que se dé por concluido el juicio. En caso de que la causal no sea clara, ésta se decidirá en la sentencia que resuelva la cuestión planteada.

En cualquier momento de la tramitación del proceso administrativo, las partes podrán llegar a arreglos conciliatorios que pongan fin al asunto, siempre que no sean contrarios a las disposiciones legales aplicables. Los acuerdos o convenios respectivos aprobados por el magistrado de la sala del conocimiento producirán todos los efectos jurídicos inherentes a una sentencia ejecutoria. Las demás cuestiones que surjan dentro del procedimiento se decidirán de plano, salvo las que trasciendan al resultado del juicio, que se resolverán en la sentencia.

Tales cuestiones se harán valer por parte interesada dentro de los tres días posteriores a la notificación del acuerdo respectivo. Las cuestiones previas no suspenderán la tramitación del juicio.

4. Improcedencia

- Contra los actos o las disposiciones generales que no sean de la competencia del Tribunal;
- Contra actos o las disposiciones generales del propio Tribunal; III. Contra actos o las disposiciones generales que hayan sido impugnados en un diverso proceso jurisdiccional, siempre que exista sentencia ejecutoria que decida el fondo del asunto; IV. Contra actos o las disposiciones generales que no afecten los intereses jurídicos o legítimos del actor; V. Contra actos o las disposiciones generales que se hayan consentido expresamente por el actor, mediante manifestaciones escritas de carácter indubitable; VI. Contra actos o las disposiciones generales que se hayan consentido tácitamente, entendiéndose por tales aquellos contra los que no se promueva en los plazos señalados por este Código; VII. Cuando de las constancias de autos apareciere claramente que no existe el acto o la disposición general reclamado; VIII. Cuando el acto o la disposición general impugnado no pueda surtir efecto alguno, legal o materialmente, por haber dejado de existir el objeto o materia del mismo; y IX.
- En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición legal.

5. Sobreseimiento

Este procede:

- Cuando el demandante se desista expresamente del juicio;
- Cuando durante el juicio apareciere o sobreviniere alguna de las causas de improcedencia a que se refiere el artículo anterior;
- Cuando el demandante muera durante el juicio, siempre que el acto o la disposición general impugnado sólo afecte sus derechos estrictamente personales;
- Cuando la autoridad demandada haya satisfecho claramente las pretensiones del actor; y
- En los demás casos en que por disposición legal haya impedimento para emitir resolución definitiva.

6. La Audiencia

- Desahogar las pruebas debidamente ofrecidas;
- Oír los alegatos; y
- Dictar la sentencia.

Abierta la audiencia el día y hora señalados, el secretario de acuerdos llamará a las partes, peritos, testigos y demás personas que por disposición de la ley deban intervenir en el juicio y se determinará quienes deban permanecer en el salón y quienes en lugar

separado para ser introducidos en su oportunidad. La falta de asistencia de las partes no impedirá la celebración de la audiencia. Concluido el desahogo de las pruebas, las partes podrán alegar en forma escrita o verbal por sí o por medio de sus representantes.

Los alegatos verbales no podrán exceder de 10 minutos por cada una de las partes. Una vez oídos los alegatos de las partes, la sala resolverá el juicio en la misma audiencia. Sólo cuando por el número de constancias que deban tomarse en cuenta podrá reservarse el dictado de la sentencia dentro de un término no mayor de cinco días.

7. Las sentencias

Las sentencias dictadas por las salas del Tribunal deben contener

- El análisis de las causales de improcedencia o sobreseimiento del juicio, en su caso;
- La fijación clara y precisa de los puntos controvertidos;
- El análisis de todas y cada una de las cuestiones planteadas por los interesados, salvo que el estudio de una o algunas sea suficiente para desvirtuar la validez del acto o disposición general impugnado;
- El examen y valoración de las pruebas;
- La mención de disposiciones legales que las sustenten;
- La suplencia de la deficiencia de la queja del particular, cuando el caso lo requiera, pero sin cambiar los hechos planteados por las partes; y
- Los puntos resolutivos, en los que se expresarán: la declaratoria de sobreseimiento del juicio; los actos cuya validez se reconozca o cuya invalidez se declare; la reposición del procedimiento que se ordene; los términos de la modificación del acto impugnado; la validez o invalidez de la disposición legal, cuando sea procedente, y la condena que, en su caso, se decrete.

VIII. INVALIDEZ DE LOS ACTOS IMPUGNADOS

Los actos impugnados tendrán invalidez por las siguientes causas:

- Incompetencia de la autoridad que los haya dictado, ordenado, ejecutado o los trate de ejecutar;
- Omisión de los requisitos formales que legalmente deban revestir los actos, cuando ello afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de los mismos;
- Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de los actos;
- Violación de las disposiciones aplicadas o no haberse aplicado las debidas, en cuanto al fondo del asunto; y
- Arbitrariedad, desproporción, desigualdad, injusticia manifiesta, desvío de poder o cualquier otra causa similar a éstas.

Cuando haya causado ejecutoria una sentencia favorable al actor, la sala regional competente la comunicará, por oficio y sin demora alguna, a las autoridades demandadas para su cumplimiento.

En el propio oficio en que se haga la notificación a los demandados, se les prevendrá para que informen sobre el cumplimiento que se dé a la sentencia respectiva.

Si dentro de los tres días siguientes a la notificación a los demandados, la sentencia no quedare cumplida o no se encontrare en vías de cumplimiento, la sala regional competente, de oficio o a petición de parte, dará vista a las autoridades para que manifiesten lo que a su derecho convenga. Se formulará la misma vista, cuando el actor manifieste que existe defecto o exceso en la ejecución de la sentencia o que se ha repetido el acto impugnado.

La sala regional resolverá si el demandado ha cumplido con los términos de la sentencia, si no existe defecto o exceso en la ejecución de la misma y si no se ha repetido el acto impugnado; de lo contrario, la requerirá para que cumpla la decisión respectiva en un plazo de tres días posteriores al en que surta efectos la notificación y previniéndola que, en caso de renuencia, se le impondrá una multa hasta por la cantidad equivalente de 50 a 1000 días de salario mínimo vigente en la jurisdicción correspondiente. Cuando la naturaleza del acto lo permita, el magistrado comisionará al secretario de acuerdos o actuario para que dé cumplimiento a la ejecutoria, en caso de que no lo haga la autoridad en ese plazo.

En el supuesto de que la autoridad o servidor público persistiere en su actitud, la sección de la sala superior resolverá a instancia de la sala regional, solicitar del titular de la dependencia estatal, municipal u organismo a quien se encuentre subordinado, comine al servidor público responsable para que dé cumplimiento a las determinaciones del Tribunal, en un plazo de tres días siguientes al en que surta efectos la notificación, sin perjuicio de que se reitere cuantas veces sea necesario la multa impuesta. Cuando la autoridad u organismo no tuviere superior, el requerimiento se hará directamente con ellas. Si no obstante los requerimientos anteriores, no se da cumplimiento a la resolución, la sección de la sala superior podrá decretar la destitución del servidor público responsable, excepto que goce de fuero constitucional.

En caso de que el servidor público administrativo goce de fuero constitucional, la sección de la sala superior formulará ante la Legislatura Estatal la solicitud de declaración de desafuero, en cuya tramitación y resolución se aplicarán en lo conducente las disposiciones del título segundo de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios. Las autoridades requeridas como superiores jerárquicos incurrir en responsabilidad, por demandadas. Tratándose de actos de privación de la propiedad de bienes inmuebles, la sección de la sala superior podrá determinar, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, el cumplimiento sustituto de las ejecutorias, mediante el pago del valor comercial de los inmuebles, cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el actor. No podrá archivarse ningún juicio contencioso administrativo sin que se haya cumplido enteramente la sentencia ejecutoria en que se haya declarado la invalidez del acto o la disposición general impugnada.

Las disposiciones anteriores se aplicarán en lo conducente cuando no se de cumplimiento, se viole o exista exceso o defecto en la ejecución del acuerdo de suspensión que se hubiere decretado respecto del acto impugnado.

IX. EL RECURSO

Procede el recurso de revisión en contra de:

- Los acuerdos que desechen la demanda;
- Los acuerdos que concedan o nieguen la suspensión del acto impugnado, los que revoquen o modifiquen estos acuerdos y los que señalen garantías o cauciones con motivo de la propia suspensión;
- Las resoluciones que decreten o nieguen sobreseimientos;
- Las sentencias que decidan la cuestión planteada, por violaciones cometidas en ellas o durante el procedimiento del juicio, en este último caso cuando hayan dejado sin defensa al recurrente y trasciendan al sentido de las sentencias; y
- Las resoluciones que pongan fin al procedimiento de ejecución de sentencia.

El recurso de revisión podrá ser interpuesto por cualquiera de las partes, con expresión de agravios, dentro del plazo de ocho días siguientes al en que surta efectos la notificación de la resolución que se impugne. El recurso se presentará ante la sección de la sala superior correspondiente a la adscripción de la sala regional que haya emitido la resolución recurrida.

El presidente de la sección, al admitir el recurso, designará a un magistrado ponente y mandará correr traslado del mismo a las demás partes por el término de tres días posteriores al en que surta efectos la notificación, para que expongan lo que a sus derechos convenga. Vencido este término, el magistrado ponente formulará el proyecto de resolución y dará cuenta del mismo a la sección de la sala superior en un plazo de cinco días.

Las partes podrán formular excitativa de justicia ante la sección de la sala superior, si el magistrado ponente no formula el proyecto de resolución del recurso de revisión dentro del plazo legal respectivo.

El presidente de la sección dará cuenta a la sala superior y si ésta encuentra fundada la excitativa, otorgará un plazo que no excederá de tres días para que el magistrado presente el proyecto correspondiente.

1. Resolución del recurso

Para la resolución del recurso de revisión se observará lo siguiente:

- Si se considera infundada alguna causal de sobreseimiento del juicio, se modificará esta resolución cuando apareciere probado otro motivo legal para ello, o bien se revocará la determinación, para emitir sentencia en la que decida la cuestión planteada; si se acreditan violaciones cometidas durante el procedimiento del juicio, que hayan dejando sin defensa al recurrente y trasciendan al sentido de las sentencias, se revocarán éstas y se mandará reponer el procedimiento; cuando se estimen fundados los agravios en los que se sostenga que se omitió el análisis de determinados argumentos o la valoración de algunas pruebas, se realizará el estudio de unos y de otras; sólo se tomarán en consideración las pruebas que se hubiesen aportado en el juicio respectivo, salvo que no se haya tenido la oportunidad procesal para rendirlas; y
- Se suplirá la deficiencia de los agravios del particular demandante, cuando el caso lo requiera, pero sin cambiar los hechos planteados.

X. JURISPRUDENCIA

Las sentencias de las secciones de la sala superior constituirán jurisprudencia que será obligatoria para ellas y las salas regionales del Tribunal, siempre que lo resuelto se sustente en tres ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por mayoría de votos. El texto de cada jurisprudencia será aprobado por el pleno de la sala superior, a propuesta del presidente del Tribunal.

Para la modificación de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas para su formación. Cuando las secciones de la sala superior entre sí o las salas regionales sustenten tesis contradictorias, cualquiera de las que intervinieron en los asuntos en que esas tesis hubieran sido sustentadas, podrá denunciar la contradicción ante el pleno de la sala superior. El presidente del Tribunal formulará la ponencia respectiva, a fin de decidir si efectivamente existe la contradicción y, en su caso, cual será el criterio que como jurisprudencia adopte la propia sala. La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias contradictorias en los juicios en que fueron pronunciadas.

Al aprobarse el texto de alguna jurisprudencia, en la que se sostenga la invalidez de reglamentos, decretos, circulares y demás disposiciones generales, el pleno de la sala superior lo comunicará a las autoridades del Poder Ejecutivo del Estado, de los municipios o de los organismos auxiliares de carácter estatal o municipal que los hayan expedido, recomendándoles la reforma o derogación de los mismos. Las jurisprudencias que sustente la sala superior, se publicarán en la "*Gaceta del Gobierno*" y en el órgano de difusión del Tribunal. En esta última publicación, también se divulgarán las tesis importantes que constituyan precedente.

Cuando las partes invoquen la jurisprudencia del Tribunal, lo harán por escrito, expresando el número, el texto y las tesis que la integran.

XI. CONCLUSIONES

Con lo anterior podemos llegar al razonamiento que, no sólo los actos dictados por la autoridad pueden afectar los derechos de sus gobernados, sino también los mismos gobernados al realizar actos propios de la autoridad; así mismo determinamos las competencias y alcances del juicio contencioso administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

GABINO, Fraga, *Derecho Administrativo*, 38ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pp. 99-100.

NAME-ALMANZA, Miriam, "Los actos discrecionales de la administración Pública Federal y su control jurisdiccional", Tesis, Escuela Libre de Derecho, México, 1999, p.48.

OLVERA TORO, Jorge, *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1976, pp. 159-160.

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 11ª edición, Edit. Porrúa, México, 1993, p. 718.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Programa de Derecho Mexicano de Derecho Administrativo*, Editorial Mcgraw Hill, México, 1997, p. 127.

§45. DE LOS SISTEMAS DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA: SUS RIESGOS FUNDAMENTALES Y SU PROYECCIÓN CONTEMPORÁNEA

Mariano R. Brito

Rector de la Universidad de Montevideo, Uruguay

I. INTRODUCCIÓN

1. De la relevancia de la jurisdicción administrativa cara al Estado de Derecho

Se ha dicho bien de la justicia administrativa que es “el mejor barómetro del Estado de Derecho”¹. Es que desde la afirmación de la idea del Estado de Derecho por Robert Von Mohl en 1829, seguida por Otto Bähr en 1864 y Rudolf Von Gneist en 1879,² se plantea a la evocación jurídica y política, pero sobre todo a la evocación ciudadana -al pueblo reconocidamente fuente, origen y fundamento del poder^{3 4}- el ineludible control jurisdiccional de la Administración. La justicia, el sistema orgánico operador, también emana del pueblo.⁵

2. El histórico carácter exclusivamente revisor de la jurisdicción administrativa y su superación parcial

Con aquel parámetro de referencia general, el Derecho Comparado acusa contemporáneamente una superación del limitado y tradicional sistema meramente revisor de la jurisdicción administrativa que algunas legislaciones frecuentemente ostentaron⁶. De ese adjetivado alguna vez “famoso carácter revisor del recurso contencioso administrativo”, se ha dicho también que es “una herencia de una determinada concepción histórica de la justicia administrativa”⁷.

El carácter revisor hundía sus raíces en las limitaciones y restricciones de la justicia administrativa francesa, en sus orígenes, pagando tributo a su fórmula axiomática: “ju-

1 BARNES, Javier, Introducción, en *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, publicación de la Conserjería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1993, p. 29.

2 OLIVERA ORTEGA, Ricardo, “Repensando el Estado de Derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la Administración”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Dr. Román MARTÍN MATEO*, t. II, Valencia, 2000, p. 2486.

3 Constitución uruguaya, art. 4.

4 La afirmación no excluye la búsqueda trascendente del origen o fundamento último del poder.

5 V., Constitución uruguaya, art. 4º La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará. V. Constitución brasileña, art. 1º Todo o poder emana do povo, qui o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Constitución española de 1978, art. 117.1.

6 Paradigma de ese sistema fue la ley española Santamaría de Parades de 13-IX-1888.

7 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Prólogo a la obra de Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *Jurisdicción Administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid, 1998, p. 21.

ger l'administration c'est aussi administrer", expresión formularia de la separación de poderes, aunque también respuesta política pragmática, de recelo y entorpecimiento del control judicial para la acción administrativa y gubernamental.

El legislador revolucionario excluía, consecuentemente, al Poder Judicial del conocimiento del contencioso administrativo, operando tras ello la pertinente sanción, aún penal, prevista legalmente.⁸

Era entonces la propia Administración quien tenía "la tarea de juzgar los litigios que la enfrenten a los administrados"⁹.

La evolución posterior del sistema francés, a partir de la ley de 24-V-1872, pasó del sistema de justicia retenida al de justicia delegada, y múltiples etapas posteriores, fueron permitiendo a la justicia administrativa francesa alejarse del mero carácter revisor, para llegar al presente a una justicia administrativa de amplio objeto y asimismo a la ampliación de competencia del Poder Judicial¹⁰. También son muy numerosas las extensiones a favor de la jurisdicción judicial, en virtud del principio de la autoridad judicial guardiana de la propiedad y de las libertades fundamentales, el cual se halla entre aquellos principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (Preámbulo de la Constitución de 1946, recogido por la Constitución de 1958 en virtud de remisión expresa de su Preámbulo).

El art. 66 de la Constitución de 1958 afirma expresamente que "L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi".

En España, la ley de 1888, por aquel carácter revisor de la jurisdicción administrativa que consagraba, sólo hubo de admitir su operación frente al acto dictado o emitido, para anular o absolver, pero no acogió la acción de condena a dictar un acto administrativo ante la inactividad de la Administración ni la pretensión de medidas cautelares con amplitud de objeto. Esto sólo hubo de sobrevenir posteriormente, en la ley 29/1998.

La ley de 27-XII-1956 mantenía la naturaleza revisora señalada, aunque habría de introducir aportes fundamentales innovadores, al punto que expresa García de Enterría "ha sido absolutamente decisiva en la formalización de nuestro Derecho Administrativo. En la que crea la jurisdicción contencioso-administrativa..., la que cumple pasos decisivos

8 Ley 16-24 Agosto de 1790, art. 13 (aún vigente) proclamando: "Las funciones judiciales son diferentes y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de forfeiture, perturbar de ninguna manera las actuaciones de los cuerpos administrativos, ni emplazar ante ello a los administradores por razón de sus funciones".

9 RAMBAUD, Patrick, *La Justicia Administrativa en Francia*, ob. cit. supra nota 1, pp.278-279.

10 Baste aquí mencionar: a) el *recurso por exceso de poder*, que originariamente refiere a una cuestión de derecho objetivo (proceso hecho a un acto) llega a adquirir también carácter subjetivo cuando, a partir de 1990, el juez contencioso-administrativo puede imponer conductas a la Administración y la ejecución de las sentencias también concierne al juez. b) el *recurso de declaración de inexistencia*, que tiene por objeto hacer declarar por el juez que una decisión es, en razón de la gravedad de los vicios que la afectan, "nula y sin efecto" (non avenue) es decir jurídicamente inexistente. c) el *contencioso de pena jurisdiccional*, que es por un lado, un contencioso subjetivo procura el reconocimiento de un derecho subjetivo; no está abierto más que al titular de un derecho violado; pero, por otro, es un contencioso objetivo, en la medida en que los recursos ejercidos no plantean sino una cuestión de legalidad.

El juez puede hacer más que anular:

- Anular el acto
- Imponer el pago de una suma reclamada o de una indemnización ("dommages- intérêts": daño emergente y lucro cesante).
- En ciertos casos, dictar una resolución sustitutiva del acto impugnado (cuando el acto fuera ilegal pero también simplemente erróneo).

en su especialización y la que abre los enormes ámbitos de protección que el recurso francés de exceso de poder había ya ganado definitivamente y que entre nosotros no había llegado a encarnar. Es pues, el verdadero origen de nuestro Derecho Administrativo Moderno”¹¹.

En su expresión de motivos se dijo, observando el mantenimiento de una terminología como la de recurso contencioso-administrativo, que “sirve para poner de manifiesto la necesidad de que antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa exista un acto administrativo”. Y aún agregaba: “La jurisdicción contencioso-administrativa es por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración...”¹².

La ley 29/1998, de 13-VII-1998 se manifiesta en la reforma que introduce “continuista y profundamente renovadora. Continuista porque mantiene la naturaleza estrictamente judicial que la jurisdicción Contencioso-Administrativa ya tenía en la legislación anterior y que la Constitución ha venido a consolidar definitivamente; porque mantiene asimismo el carácter de juicio entre partes que el recurso contencioso-administrativo tiene y su doble finalidad, de garantías y control del sometimiento de la Administración al derecho...” “Por eso la nueva Ley somete a control de la jurisdicción la actividad de la Administración pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho Administrativo articulando para ello las acciones procesales oportunas”¹³. Por esto y en cuanto refiere al punto en examen, la ley trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración. Por todo lo cual, por razón de su objeto, la ley establece cuatro modalidades de recurso: el tradicional dirigido contra actos administrativos, ya sean expresos o presuntos; el que, de manera directa o indirecta, versa sobre la legalidad de alguna disposición general, que precisa de algunas reglas especiales; el recurso contra la inactividad de la Administración, y el que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho”¹⁴.

En Uruguay, la labor jurisprudencial abría paso pronto, ya en el siglo XIX y principios del siglo XX, a una general y amplia responsabilidad extracontractual del Estado por actividad administrativa, legislativa y jurisdiccional, con las consecuentes sentencias declarativas y de condena, fundándose, la definitiva, en verdaderos principios generales de derecho.

Transitó entonces, en su origen, para la responsabilidad administrativa, “por la aplicación de las reglas del Código Civil, pero con una creciente introducción de los criterios de derecho público...”¹⁵.

11 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 4º Ed. Ampliada, Madrid, 1998, p. 47.

12 Publicación en *BOE*, nº 363, de 28-XII-1956.

13 Exposición de motivos citada, incluida en publicación del Consejo General del Poder Judicial, dossier Jurisdicción Contencioso-Administrativo, España, p. Ley de 29-XII-1998, Cap. I y II.

14 *Ibidem*, Cap. V.

15 Esto sin perjuicio de la problemática del alcance de la regla del art. 24 de la Constitución de la República en cuanto al surgimiento -cuándo- de su configuración. Pero he allí inequívocamente afirmada la responsabilidad del Estado y todos los entes públicos estatales menores por la actividad administrativa. (Sent. nº 6 de 10-II-1993, Juzgado Ltdo. De lo Contencioso Administrativo de 1er Turno). V., BRITO, Mariano R., “Responsabilidad extracontractual”.

Ciertamente, como afirmó calificada doctrina, “En ningún caso se vaciló sobre las potestades del juez de condenar pecuniariamente a la Administración y de negarse a la aplicación de los actos administrativos ilegales, pero la acción por lesión de derechos no autorizaba al juez a adoptar medidas más audaces”¹⁶.

“No existió, pues, bajo estos regímenes constitucionales (ref. Const. 1830 y 1917) un contencioso anulatorio” Sin embargo “el legislador, con la finalidad de permitir una reparación en el terreno mismo del derecho, atribuyó a los jueces ordinarios, en ciertos contenciosos especiales, potestades que podían llegar a afectar en su esencia la actuación administrativa”.¹⁷

Pero como se señaló “El acto o medida administrativas quedan en pie dejando su destino librado al criterio o a la conveniencia administrativa”.¹⁸

Por la Constitución de 1934, y luego desde la de 1952, con la implantación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se amplía el objeto del contralor jurisdiccional de la Administración, alcanzando la estimación o desestimación del acto mismo. Sin embargo, ese contralor no supera, en principio, el carácter revisor apuntado (ya nos ocuparemos de esta afirmación) cuando se trata de la competencia asignada al Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Frente al parámetro de referencia general anotado, el Derecho Comparado contemporáneo acusa una superación de aquella tradicional y limitada proyección revisora de la jurisdicción administrativa. Esta se expande ahora por vías y medios diversos y múltiples en los distintos sistemas, de manera que hace posible un *fenómeno tendencial ya confirmado*: “No hay Derecho sin juez. El juez es una pieza absolutamente esencial en toda la organización del Derecho y esto no es excepción en el Derecho Público cuando se trata de la observancia del Derecho por la Administración”.¹⁹

Y aún, agrega el autor citado: “La posición del juez ante la Administración como sujeto, en cuanto está ‘sometida plenamente a la Ley y al Derecho’, es, inicialmente al menos -luego nos haremos cuestión de esta reserva-, la misma que ante cualquier sujeto, y por las mismas razones: porque la Administración no es ‘señor del Derecho’, no está al margen del Derecho, no está vinculada a una parte sí y a otra no del Derecho, porque su vinculación sea menor o más débil que respecto de los demás sujetos, o porque para ella el Derecho sea sólo un buen consejo que sea libre de cumplir o no; en concreto, pues, porque la Administración como los demás poderes públicos, está sometida plenamente ‘a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico’ en paridad con los ciudadanos...”²⁰. Pero aún más trascendente y en nuestra opinión, sigue con ella el rasgo que se indica en el Cap. II, siguiente, numeral 1 y sin perjuicio, además, de alguna salvedad que para el derecho uruguayo debe hacerse.

tual del Estado administrativa, legislativa y jurisdiccional”, en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón REAL*, F.C.U., autores varios, 1º Ed. Montevideo, octubre de 1996, p. 142.

16 GIORGI, Héctor, *El Contencioso administrativo de anulación*, Montevideo, 1958, pp.36-37.

17 *Ibidem*, p. 37, nota 38, con un preciso desarrollo (citando leyes y doctrina respectiva)

18 MENDEZ, Aparicio, *Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo*, Montevideo, 1952, p. 20.

19 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 4º ed. Ampliada, Madrid, 1998, p. 128.

20 *Ibidem*, p. 129.

II. DE LOS SISTEMAS DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA: SUS RASGOS FUNDAMENTALES Y PROYECCIÓN CONTEMPORÁNEA

La jurisdicción administrativa -de amplio y creciente objeto y fundamento (legitimación activa y pasiva, tercerías, medidas cautelares, efectos de la sentencia y ejecución de ella), aunque no con soluciones uniformes y de igual intensidad protectora, configura una respuesta a un reclamo sustancial desde una perspectiva jurídica del Estado de Derecho.

Constituyen prototipos del rasgo invocado las siguientes previsiones positivas:

1. La garantía de la tutela judicial efectiva

A. El artículo 19 IV de la Ley Fundamental de Bonn

Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, quedará abierta la vía jurisdiccional ordinaria.

Ambos textos normativos “han sido considerados como la corona del Estado de Derecho... De tal precepto, se infieren en particular dos mandatos básicos: la universalidad de la jurisdicción -la complitud de la tutela o ausencia de lagunas (lückenlosigkeit)-, de un lado, y la efectividad de la tutela, de otro.”²¹

B. El art. 24 de la Constitución española de 1978

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley...”

C. Constitución brasileña, Título II, Cap. I, art. 5º

Garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país, entre otros derechos, que:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

D. Constitución uruguaya de 1967

Art. 309. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder.

21 SOMMERMANN, Karl-Peter, “La justicia administrativa alemana”, en *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, cit. nota 1, pp.44-45.

La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados.

La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo violado o lesionado por el acto administrativo.

Y en orden a la responsabilidad y reparación patrimonial, antes, por el art. 24 se ordena:

El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.

Con identidad de razón, también responden a aquella concepción sustancialista, *el sometimiento de la Administración al Derecho, la limitación al ámbito competencial que le corresponde (dejando a salvo la libertad), y su sujeción al orden jurisdiccional.*

La configuración ordenadora se muestra aquí particularmente intensa y con carga de sentido hartamente reveladora de aquel fenómeno tendencial ya señalado: “No hay derecho sin juez”. Ella, la Administración, “... como los demás poderes públicos está sometida plenamente ‘a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico’ en paridad con los ciudadanos...”²² La referencia final aludida merece alguna salvedad para el derecho uruguayo. La mentada paridad con los ciudadanos da mérito a salvedad cuando se trata del contencioso administrativo anulatorio [cabe aquí tener en cuenta: a) el carácter revisor del contencioso administrativo anulatorio uruguayo, que reclama la preexistencia del acto administrativo (*expreso o ficto*); b) las situaciones jurídicas de privilegio de poder de la Administración (*v.gr.* la exención del acto de gobierno y la limitación del contralor del acto discrecional; las limitaciones en orden a la ejecución de la sentencia anulatoria del TCA, y la reducción del campo y apertura a las medidas cautelares (exclusivamente referidas en el caso, a la suspensión). Todo, además, sin perjuicio de los denominados privilegios en menos, cuya observancia condiciona la legalidad de la actuación administrativa. (*v.gr.*, exigencia de motivos y motivación del acto, preservación del fin público, etc.)²³

2. El sometimiento de la actuación administrativa y el contralor jurisdiccional consiguiente a la verificación de estándares jurídicos conceptos jurídicos indeterminados

El sistema anglosajón revela también aporte fundamental -“revolucionario” llamaremos-. Como se dijo, “To an American, therefore, the most provocative recent English decisions are those that expand the scope of natural justice, the British counterpart of procedural due process. Without any written constitutional foundation, the English judges have relied on the concept of natural justice to hold administrative agencies to the fundamentals of fair play. In recent years, they have expanded that concept to enable it to provide a base on which to build a kind of code of fair administrative procedure, comparable to the due process of law.”

“The key decision was ... *Ridge v. Baldwin*”.

²² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *cit.*, p. 129.

²³ BRITO, Mariano R., “De la justicia de lo contencioso administrativo”, *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VIII, Montevideo, 2000, pp.81-90.

E interesa destacar aún: “The cases applying the Ridge principle are similar to comparable cases decided under the Due Process Clause of American constitutions. In some respects, indeed, the recent English cases go even further than their American counterparts in according procedural protection. Thus, we shall see that the right to be heard before adverse administrative action is not limited to ‘rights’ and ‘entitlements’ in the English system. The house of Lordshas recently extended the audi alteram partem principle to cases involving only ‘reasonable expectations’ where procedural due process might not be triggered under the American jurisprudence.”²⁴

También en el sistema inglés la fiscalización de la legalidad de la actividad administrativa se verifica por los Tribunales ordinarios y éstos tienen la facultad, a demanda de los particulares, de dirigir órdenes (writs) a las autoridades administrativas, con el fin de revisar su actuación.²⁵

Los actos de la administración inglesa pueden impugnarse por:

- Ultra vires (noción semejante a la que entraña el recurso por exceso de poder francés); implica tanto:

- a) violación de la letra de la ley,
- b) violación de una sentencia anterior,
- c) desviación de poder.

- Por violación de la natural justicia (noción que comprende reglas como la de la competencia, la imparcialidad de juzgado y la audiencia de partes).

Incluye también el caso “reasonable expectations”.²⁶

- Por infracción del criterio de la racionalidad (rule of reasonableness) que importa que los poderes administrativos nunca podrán usarse antirracionalmente.

- Desde 1947 (Crown Proceeding Act) la Corona está sujeta a responsabilidad como si fuera persona mayor de edad y con capacidad jurídica en los siguientes casos:

- a) daños cometidos por sus agentes o funcionarios,
- b) violación de los deberes que todo patrono tiene, según derecho común para con sus servidores o agentes,
- c) respecto a la infracción de los deberes que, según el derecho común, tiene toda persona por razón de dominio, ocupación y otra forma de control sobre la propiedad.

En el ámbito de las medidas cautelares se ha abierto un nuevo sistema de judicial review: tener en cuenta el referee provisión (que permite al juez ordenar en el acto un pago o un cumplimiento cuando la negativa o el simple silencio no tiene un fundamento serio).

En el ordenamiento jurídico uruguayo, la concepción sustancialista mencionada viene afirmada vigorosamente en al Sección II de la Constitución.²⁷ Agregase a esta la recep-

24 SCHWARTZ, Bernard, “Lions over the throne”, *The Judicial Revolution in English Administrative Law*, Nueva York, 1987, pp.1-8.

25 FISCHER, Gustavo, “Apuntes sobre el sistema anglosajón de control jurisdiccional de la Administración”, en *Revista de Derecho*, n° 5, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Año III, 2004, pp.39 y ss.

26 SCHWARTZ, Bernard, *cit.* nota 24, p. 5.

27 Constitución de 1967, procediendo mencionar especialmente, los arts. 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 52, 53, 54, 55, 58, 66, 67, 68, 69, 72 y 332 y cuanto expusimos antes en este Cap. II, párrafo 2. Procede mencionar también el art. 309 de la Constitución, receptor de la regla de derecho y su regulación por el art. 23 lit. a) del Decreto Ley 15.524.

ción de estándares jurídicos manifiestamente acordes con aquella corriente de opinión (tales como el de la razonabilidad y proporcionalidad, especialmente para el enjuiciamiento de la actuación de los poderes sancionatorios).

No obstante, ha de tenerse en cuenta las limitaciones resultantes para el contencioso-administrativo anulatorio uruguayo según se expresa antes (Cap. II, n° 2).

III. CONCLUSIONES

Los desarrollos efectuados habilitan algunas afirmaciones fundamentales en orden al objeto de nuestra tarea: *límites y posibilidades de los diferentes sistemas de la jurisdicción administrativa*. Ciertamente es que el panorama del derecho comparado nos revela pluralidad y diversidad marcadísima de los diferentes sistemas de la jurisdicción administrativa, de tal manera que si estos entrañan limitaciones, se vislumbran y concretan contemporáneamente convergencias no menos radicales.

De éstas, particularmente, y ocupándonos ya de ellas, se reconocen fundamentos, verdaderas piedras sillares de los variados sistemas que permiten rasgos comunes y anuncian posibilidades por cierto muy positivas. Cabe aquí enunciar:

- El sustrato democrático generalmente y aun casi universalmente admitido, sin fisuras políticas, del acceso a la jurisdicción administrativa, de tal manera y con tan generalizada intensidad, que ésta es capítulo fundamental de la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

- La sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, y la complitud de éste no sólo descansa en la determinación del régimen jurídico positivo *-ius normans-* mas también en la categórica recepción del ordenamiento administrativo con “las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo”²⁸

- La animación creciente del ordenamiento jurídico con el reconocimiento de un orden sustantivo *-ius normatum* para la administración- que a ella vincula, constriñe y baliza en su competencia y actuación administrativa, que es también reclamo desde las perfecciones debidas al hombre -derechos fundamentales- para su desarrollo en plenitud. Este, de tal manera reconocido frecuentemente, que impone a la Administración, la conducta protectora y prestadora consiguiente.

El *ius publicum* que a ella concierne antes que autolimitación, la alcanza y determina desde fuera (cuán cabalmente se advierte esto cuando se reconoce para la persona humana la esfera de derechos inherentes a su personalidad²⁹, y a cuyo servicio está el Estado todo y su administración³⁰, y que se reconocen también nacidas del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno³¹).

28 Costa Rica, Ley General de la Administración Pública, n° 6227, art. 8°, en ROJAS FRANCO, Enrique, *Código Administrativo*, 1° Ed., Costa Rica, 2001, p.12.

29 Constitución uruguayo, art. 72.

30 Constitución de Chile, art. 1° inc. 4.

31 Constitución argentina, art. 33, *cit.*

- La creciente aceptación de la restricción del obrar administrativo por su sometimiento al ordenamiento administrativo, y su básica situación de sujeción a él (situación de deber-poder), de tal manera que sólo podrá realizar los servicios y cometidos que aquél habilite a su respeto.

- El ceñimiento de la potestad reglamentaria de la administración, de tal manera que ella no podrá derogar los reglamentos ni desaplicarlos para los casos singulares o concretos.

La expansiva sujeción al contralor jurisdiccional de los denominados actos políticos y de gobierno, de tal manera que en algunos regímenes se ha puesto fin a la exención controladora, y en otros, su circunscripción a la “lista oficial” de tales actos, fruto de la elaboración jurisprudencial o, cuando menos, en algunos, reservando al órgano jurisdiccional la calificación gubernativa del acto para en este caso, afirmativo, y sólo en él, inhibirse de conocer.

- La superación gradual, pero intensa y fiel, de la exención de contralor jurisdiccional para los llamados actos discrecionales, o en todo caso, circunscribir la exención al corno o núcleo de la discrecionalidad. En esta última modalidad admitiendo “el sometimiento a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable”³² o, como afirmara el Tribunal de lo Contencioso Administrativo uruguayo, las potestades discrecionales legalmente otorgadas, “...tienen los límites constituidos por lo que la doctrina administrativa ha denominado ‘límites flexibles de la discrecionalidad’...”³³. Y aún más; la categórica afirmación de “Que la discrecionalidad otorgada a la Administración nunca puede ser irrestricta, dado que está siempre limitada por la “razonabilidad” instrumentada en la motivación y pautada por el propósito de contemplar el interés del servicio, y en casos como el de autos, indirectamente, el interés de los funcionarios”³⁴.

La apertura a las medidas cautelares, amplias y efectivas, superando la exclusión pretérita o su exclusiva y restrictiva limitación a la suspensión de la ejecución del acto administrativo.³⁵

Bien cabe hablar de una superación gradual del estado del derecho que limita la actuación de la jurisdicción administrativa en el ámbito de la ejecución de sus sentencias, adentrándose el derecho positivo contemporáneamente en el reconocimiento de sus facultades para hacer ejecutar lo juzgado. Así se regula “y especifica las formas posibles de ejecución forzosa que condenan a la Administración a realizar una actividad o dictar un acto y otorga a los órganos judiciales potestades sancionadoras para lograr la efectividad de lo mandado, aparte de las consecuencias que se deduzcan en el ámbito penal.”³⁶

Por último, y a modo de colofón bien puede advertirse en la jurisdicción administrativa en su estado contemporáneo, un vigoroso instrumento para alcanzar el equilibrio entre autoridad y libertad. El se vuelve posibilidad cierta para la vigorización de Estado de Derecho.

32 Costa Rica, Ley cit., art. 15.

33 *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, t. IX, 2002, p. 255.

34 *Ibidem*, p. 259.

35 Prototipo de situaciones extremas, en las antípodas, vide art. 30 del Decreto-Ley 15.524, de 9-I-1984 y art. 2º de la Ley 15.869, de 22-VI-1987, para Uruguay, y arts. 29, 30 y 129 a 136 de la Ley 29/1998, de 13-VII-1998, para España.

36 Vide exposición de motivos y Ley española 29/1998, arts. 103 a 113.

§46. LA ORALIDAD EN EL ORDEN JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVO

Víctor Rafael Hernández-Mendible

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello

I. PROEMIO

Si el Hurón jurista que visitó el *Palais Royal* en París, donde funciona el Consejo de Estado de Francia¹, viniera a Venezuela a conocer la evolución del Derecho Público en general y del Derecho Administrativo en particular durante el último cuarto de siglo, sin ninguna duda que al arribar al país, iría a la oficina de información y preguntaría ¿dónde puedo conseguir la *Revista de Derecho Público*?, que constituye el referente internacional y nacional del desarrollo científico de esta disciplina jurídica.

La *Revista de Derecho Público* es un testimonio plural de la construcción del Derecho administrativo democrático, hecho que la llevó a convertirse en un patrimonio común de todos los abogados, habiendo sido calificada de “absolutamente impersonal”, que “no pertenece a ninguna institución, a ningún grupo ni a ninguna persona. Es sencillamente la materialización de una corriente de pensamiento en el que encuentra su propia identidad²”.

Decía que la Revista constituye una manifestación del desarrollo del Derecho administrativo democrático, porque esta publicación vio la luz en 1980, cuando se había alcanzado un elevado grado de evolución en el marco del Estado social y democrático de Derecho que había surgido en Venezuela a partir de la Constitución de 1961, vigente para aquel momento.

La Revista apareció en una época de estabilidad institucional, democrática, económica y social que permitió sentar los cimientos doctrinales y jurisprudenciales del Derecho Público moderno y del Derecho Administrativo venezolano.

Actualmente Venezuela tiene un Estado caracterizado -al margen de la Constitución- por ser fuertemente centralista y unitario en el modelo de organización territorial; excesivamente presidencialista, caudillista y militarista en el ámbito gubernamental; absolutista y totalitario en el desempeño político del poder; ampliamente intervencionista en lo económico; irresponsable y desestabilizador en el ámbito internacional; policial y represivo en el ámbito de los derechos humanos; ideologizante y retrógrado en el ámbito educativo; y profundamente paternalista, demagogo y populista en el ámbito social, lo que conduce erróneamente a que algunos que no tienen una firme y clara concepción democrática, responsable y plural del ejercicio del Poder, crean que se trata de un Estado

1 RIVERO, J., *Le Hurón au Palais-Royal ou reflexiones naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, Chronique, VI, Dalloz, 1962, pp. 37-40.

2 MOLES CAUBET, A., Presentación, *Revista de Derecho Público* N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 3.

aparentemente fuerte en la consecución de sus fines, pero en la realidad es institucionalmente débil e ineficiente para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas.

Ello evidencia, que sin lugar a dudas los tiempos han cambiado, gracias al actual régimen político que ha sido calificado de demócradura³, la estabilidad institucional ha sido derrumbada, la democracia ha desaparecido, la economía ha sido virtualmente destruida y existe una gran fractura social, que difícilmente logrará cohesionarse en el corto tiempo. Estas características que lo diferencian de un auténtico Estado social y democrático de Derecho han sido analizadas en anteriores oportunidades, razón por la cual no se le dedicará tiempo en esta ocasión⁴.

No obstante, cabe señalar que la *Revista de Derecho Público* ha sobrevivido a todos esos embates, para constituirse en la primera publicación jurídica, sin recursos económicos del Estado, que luego de 25 años llega a su edición centenaria y tal como lo evidencia esta obra, sigue conservando la pluralidad en la participación y la independencia en el análisis, el estudio y la investigación en el ámbito del Derecho Público.

Sin embargo cabría preguntarse, para qué rendir tributo a una publicación centenaria que -parafraseando a Von Kirchman- por voluntad del constituyente y de la acción del legislador se ha convertido en un montón de papel inútil⁵. La respuesta no puede ser otra que la Revista ha sobrevivido salvando las circunstancias adversas, las reformas normativas, los cambios jurisprudenciales, porque a pesar de las demoledoras investidas que ha sufrido el Estado de Derecho, la mayoría de los artículos, estudios y comentarios jurisprudenciales conservan su plena vigencia, por constituir los antecedentes inmediatos de la “nueva” regulación constitucional y legal o por estar llamados a

3 La demócradura es un concepto elaborado por los politólogos, para calificar aquellos regímenes de gobierno que si bien tienen un origen democrático, por haber sido electos por votación universal, directa, libre y secreta, lo que supone una legitimidad democrática de origen; luego se han transformado en una suerte de dictaduras constitucionales, donde en nombre de la Constitución y de las leyes se manipulan las instituciones para desconocer el Estado de Derecho, violar los derechos humanos y las libertades públicas, amparados en la invocación de un concepto decimonónico de la soberanía –totalmente superado en tiempos de globalización o mundialización–, lo que ha generado un evidente déficit democrático, que ha producido la pérdida de legitimidad de tales gobiernos, producto de su desempeño en el ejercicio del Poder Público.

4 BREWER-CARIÁS, A. R., *El proceso constituyente y la fallida reforma del Estado en Venezuela. Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. pp. 25-48; *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002; *La Crisis de la Democracia Venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los Sucesos de abril de 2002*. Los Libros de El Nacional, Caracas., 2002; *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho. El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del Derecho a la participación*. Los Libros de El Nacional. Caracas, 2004; y, *La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela. 1999-2004*. XXX Jornadas J.M. Domínguez Escobar sobre “Administración de Justicia y Derechos Humanos”, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005. pp. 33-174; DUQUE CORREDOR, R. J., “La Manipulación del Estado de Derecho como instrumento de consolidación de un proyecto político de concentración del Poder en Venezuela”. *Lecciones prácticas de la crisis venezolana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Abril, 2005; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., “La Contribución del Poder Judicial a la desaparición de la Constitución, la Democracia y el Estado de Derecho”, *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*, UCAB, Caracas, 2000, pp. 81-107; y, “La Tutela Judicial Cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el Derecho Procesal Administrativo”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* N° 4, San José de Costa Rica, 2004, pp. 157-182; El informe 2005 de Amnistía Internacional, reconoce que la falta de independencia del Poder Judicial y el fracaso de éste en garantizar una respuesta efectiva a las denuncias de violaciones de Derechos Humanos han contribuido a minar la credibilidad de los tribunales, el Fiscal General de la República y la Defensoría del Pueblo.

5 NIETO, A. “34 Artículos seleccionados de la *Revista de Administración Pública con ocasión de su Centenario*”. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1984, p. 13.

servir de aportes a la restauración y el fortalecimiento de un auténtico Estado democrático de Derecho.

Ello así, a la *Revista de Derecho Público* nacida en democracia, le corresponde continuar sirviendo a través de sus páginas como un *corpus iuris*, por cuyas venas y arterias deberá circular el torrente de sangre nueva, que deben inyectarle los noveles profesores que hoy conforman su Consejo de Redacción, así como todos aquellos que actualmente colaboran en ella, quienes están llamados a contribuir a la reconstrucción del Estado social y democrático de Derecho.

Por ello hago votos para que la *Revista de Derecho Público*, bajo la dirección del jurista Allan Brewer-Carías, continúe siendo en esta nueva etapa que se inicia, no sólo una publicación de vanguardia, sino la atalaya que sirva de guía a los operadores jurídicos para investigar, dialogar, discutir, sugerir y proponer tanto la redefinición de las instituciones como de las reglas jurídicas, que deben contribuir a la reconducción de la sociedad hacia el sendero del pleno restablecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades públicas, la democracia y de la vigencia del Estado de Derecho en Venezuela.

La invitación que el Director de la Revista me cursara recientemente en la ciudad de Monterrey, México, donde coincidimos con motivo de la celebración del II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, para participar en este Libro Homenaje a los Cien primeros números de la *Revista de Derecho Público*, me llevó a recordar que me relacioné con esta publicación desde sus primeros tiempos, en la década de los ochenta en el siglo pasado, cuando iniciaba mis estudios de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello, bajo la docta conducción del profesor Carlos Manuel Ayala Corao, quien varios años después sería el auspiciador de la publicación del artículo “Los vicios intrascendentes en el derecho administrativo formal”⁶, que tiene su génesis en el trabajo que elaboré como requisito para aprobar la materia de Procedimiento Administrativo, que dictaba el maestro José Araujo Juárez, en el Postgrado de Derecho Administrativo en la misma universidad.

Como es natural, aceptar tal invitación supone un enorme reto, porque implica elaborar un trabajo que logre constituir un digno homenaje a esta prestigiosa Revista, con motivo del número centenario de su publicación. Ello supone elegir entre hacer lo tradicional, es decir, investigar el estado de evolución que ha alcanzado la teoría de los vicios intrascendentes, luego de varios años de publicado aquel artículo y exponer cuál es su situación actual o decantarme por una posición más vanguardista, que supondría efectuar un estudio sobre un tema que se proyecte en el futuro inmediato por su actualidad jurídica.

Entre ambas opciones he elegido la segunda, en la búsqueda de plantear una visión prospectiva sobre un tema relevante que demanda una reforma radical en la actualidad. Es producto de tal decisión que me dediqué a revisar los índices de cada uno de los ejemplares de la *Revista de Derecho Público* y me encontré que en los números precedentes no se había analizado el tema de la oralidad en el proceso administrativo, lo que me decidió a compartir con los profesores, estudiantes y abogados venezolanos en general, las reflexiones efectuadas en la ponencia sobre “La oralidad en el orden jurisdiccional administrativo”⁷, cuyo texto constituye una contribución inédita, actual y de gran interés para la comunidad jurídica nacional.

6 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., “Los vicios intrascendentes en el derecho administrativo formal”, *Revista de Derecho Público* N° 51, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 15-24.

7 Ponencia presentada en la Universidad Autónoma de Nuevo León, en Monterrey, México, con motivo del II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, realizado durante los días 28 al 30 de abril de 2005.

II. INTRODUCCIÓN

En Venezuela, el sistema jurídico procesal históricamente había sido totalmente escrito y las constituciones, con excepción de la materia del amparo constitucional⁸ no establecían las características que debía tener el proceso para garantizar la tutela judicial efectiva. Durante la vigencia de la Constitución de 1961, las reformas procesales en los distintos órdenes jurisdiccionales siempre se dirigían a buscar la adaptación de los códigos y las leyes a los avances producidos por el desarrollo científico-jurídico y cultural, pero sin alterar esencialmente el sistema procesal escrito.

La iniciativa del Legislador de introducir el proceso oral en el Código de Procedimiento Civil de 1985, constituyó un significativo avance en el camino hacia la oralidad, pero tal novedad fue un tanto tímida, porque además de limitarlo, al menos en sus inicios a determinadas materias y a unas causas de menor cuantía, que actualmente resultan menos relevantes, debía convivir con el proceso ordinario que seguía siendo eminentemente escrito, lo que contribuyó a que no se lograra implementar la instrumentación de este proceso, toda vez que se atribuía tal actividad al Ejecutivo Nacional en Consejo de Ministros, hecho éste que no ha ocurrido⁹.

En este sinuoso camino hacia la oralidad, se producen dos textos importantes: Uno consistió en una reforma procesal copernicana en 1998, como lo fue la derogación del Código de Enjuiciamiento Criminal que establecía el proceso escrito en materia penal, para dar paso a la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal a partir de 1999, que introduce la oralidad en el orden jurisdiccional penal; y el otro, es la sanción de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998, que desarrolla el principio de oralidad en los procesos relacionados con los asuntos en los cuales están involucrados niños y adolescentes, el cual se comenzó a aplicar a partir del año 2000.

Ahora bien, a partir de 1999, el principio de la oralidad adquiere pleno reconocimiento constitucional, resultando aplicable en todos los órdenes jurisdiccionales¹⁰.

En desarrollo de esa disposición constitucional se han dictado un conjunto de leyes que introducen la oralidad en los distintos procesos, lo que ha venido a implementar los supuestos establecidos en el Código de Procedimiento Civil y cuya aplicación se abstuvo

8 El artículo 49 de la Constitución de 1961 establecía que el proceso de amparo debía ser breve y sumario; en tanto que el artículo 27 de la Constitución de 1999, señala que el proceso de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidades.

9 El proceso oral se encuentra regulado en el Título XI, del Código de Procedimiento Civil, artículos 859 al 880, habiéndose establecido en este último que “El Ejecutivo Nacional queda autorizado para determinar mediante Resolución tomada en Consejo de Ministros, las Circunscripciones Judiciales y los Tribunales de éstas en que entrarán en vigencia las disposiciones del procedimiento oral contenidas en el presente Título y la fecha de su vigencia. Queda igualmente autorizado el Ejecutivo Nacional, en la forma indicada, para modificar la cuantía y las materias establecidas en el artículo 859 de este Código; y para extender la aplicación de este procedimiento oral a otras materias que considere conveniente”.

10 El artículo 257 de la Constitución de 1999, señala que “El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”. A diferencia de Venezuela, la doctrina científica hispana ha señalado que el artículo 120.2 de la Constitución de España “no proclama el principio de oralidad, sino el de “predominio” de la oralidad y aún éste con dos intensidades distintas, pues en este precepto aparecen dos reglas claramente diferenciadas, una, general, referida a todos los procesos excepto al penal, que es la del predominio “ordinario” de la oralidad y otra, concretada al proceso penal, que es la del predominio “intensificado” de la oralidad”. DELGADO BARRIO, J., “Principio constitucional de predominio de la oralidad y Jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 38, Civitas, Madrid, 1983, pp. 365-386.

de decretar el Ejecutivo Nacional. En efecto, el citado texto legal en el artículo 859, establece que debían ser tramitados por el proceso oral los siguientes asuntos:

1. Los asuntos que versen sobre derechos de crédito u obligaciones patrimoniales que no tengan un procedimiento especial contencioso previsto, en el mismo Código.
2. Los asuntos contenciosos del trabajo que no se correspondan a la conciliación, ni al arbitraje, así como las demandas por accidentes de trabajo.
3. Las demandas de tránsito.
4. Los demás asuntos que por disposición de la ley o por convenio de los particulares deban tramitarse por el proceso oral.

Esto lleva a analizar si algunos de estos supuestos se han implementado con motivo de la aplicación del principio de oralidad que contempla la Constitución y en tal sentido debe señalarse que el primer supuesto, no fue desarrollado por iniciativa del Ejecutivo Nacional, ni de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura¹¹ y tampoco se ha dictado ley alguna que delimite el alcance de su posible ejecución.

En orden cronológico, posteriormente se advierte la aparición de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre de 2001, la cual establece que el procedimiento para determinar la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito en los cuales se hayan ocasionado daños a las personas o bienes, será el establecido para el proceso oral en el Código de Procedimiento Civil y que le corresponderá conocer al tribunal competente del lugar donde haya ocurrido el hecho y conforme a las reglas de la cuantía (artículo 150). Esta disposición supone la implementación por vía legal, del tercer supuesto previsto en el Código de Procedimiento Civil.

En sentido similar, el legislador sancionó la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de 2002, que introduce el principio de la oralidad de manera definitiva en el proceso laboral. No obstante, hay que destacar que tal principio no se va a aplicar conforme a lo contemplado en el Código de Procedimiento Civil, sino en virtud de lo que establece ese texto legal, dado que las disposiciones del Código han quedado derogadas en lo que respecta a la materia del trabajo¹².

Más recientemente, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, establece que las reclamaciones por incumplimiento de las obligaciones legales y convencionales, que tienen los proveedores de bienes o prestadores de servicios con los consumidores y usuarios se tramitarán por el proceso oral establecido en el Código de Procedimiento Civil, con independencia de la cuantía, siempre que no exista otro procedimiento judicial para resolver el conflicto en cuestión (artículo 168), lo que viene a suponer la aplicación del supuesto número cuatro previsto en el Código de Procedimiento Civil¹³.

11 El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia N° 1586, de 12 de junio de 2003, determinó que se produjo la inconstitucionalidad parcial sobrevenida del artículo 860 del Código de Procedimiento Civil, en lo referente a la competencia atribuida al Ejecutivo Nacional, para implementar el proceso oral, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, que le atribuye tal competencia en el artículo 267, a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia.

12 El artículo 194 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, derogó el ordinal 2° del artículo 859 del Código de Procedimiento Civil.

13 El artículo 859, ordinal 4° del Código de Procedimiento Civil, señala que se tramitarán por el proceso oral aquellas causas que así lo disponga la ley, como sucede en materia agraria, con la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, sancionada en 2001 y recientemente reformada en 2005.

Tal como se puede apreciar, en ejecución directa de la Constitución como fundamento del ordenamiento jurídico, el legislador ha desarrollado una tendencia que persigue establecer el principio de la oralidad en la tramitación de los conflictos que deben resolver los órganos jurisdiccionales.

Esta situación me ha llevado a seleccionar este tema de la oralidad en el orden jurisdiccional administrativo por varias razones: En primer lugar, porque en el año 2000, cuando me correspondió redactar el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los antecedentes en materia de procesos orales en la legislación nacional eran sumamente escasos y precisamente no se ajustaban a las particulares características del proceso administrativo, lo que hacía inviable su aprovechamiento como modelo para el orden jurisdiccional administrativo¹⁴.

En segundo lugar, porque entre los años 2001 y 2002, me correspondió participar como abogado litigante, en el primer proceso oral que se tramitó ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el cual se debatía la afectación patrimonial de derechos e intereses colectivos y difusos de los deudores hipotecarios que tenían créditos ajustados al ingreso familiar (créditos indexados)¹⁵, por parte de algunas instituciones bancarias y financieras¹⁶. Luego, en septiembre de 2003, también me correspondió participar como abogado litigante, en el primer proceso oral que se llevó a cabo en Caracas, a propósito de la entrada en vigencia la Ley Orgánica Procesal del Trabajo¹⁷.

Estas circunstancias, aunadas a más de quince años de experiencia participando en procesos de amparo constitucional, que han constituido el gran baluarte del desarrollo de los procesos orales en Venezuela, me han llevado a plantear las presentes reflexiones en atención a la futura y esperada reforma del orden jurisdiccional administrativo, dado que en la actualidad sólo existe un texto legal que regula de manera específica, la aplicación de la oralidad en este orden jurisdiccional y si bien ha mejorado notoriamente la resolución de los conflictos en materia funcional, el proceso continúa presentando algunas carencias que no son producto de la regulación procesal contemplada en la Ley del Estatuto de la Función Pública que apenas entró en vigencia a mediados del año 2002, sino a la aplicación de los inconstitucionales y excesivos privilegios y prerrogativas procesales que establece la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que invocan los abogados del Estado y aplican cada día los órganos jurisdiccionales al momento de tramitar los procesos.

14 Se propuso tal como se predica del Derecho alemán, que el proceso administrativo pretenda un equilibrio entre la fase escrita y la fase oral, debiendo destacarse que esta fase oral es el núcleo del proceso, en el cual predomina el principio de la oralidad.

15 Este asunto ha sido objeto de análisis general por PÁEZ PUMAR, Justo Oswaldo, en "Comentarios críticos al fallo del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de enero de 2002 en relación con los créditos indexados". Mendoza, Palacios, Acedo, Páez Pumar & Cia. Caracas. 2003; y de un análisis particular por HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, en "La Actividad de Servicio Público y la Regulación Bancaria", *Las Formas de la Actividad Administrativa. II Jornadas sobre Derecho Administrativo*, Funeda, Caracas, 2005, pp. 99-102.

16 Este proceso se inició por demanda que fue presentada ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 12 de junio de 2001, como un amparo constitucional y la propia Sala Constitucional en sentencia N° 1371, de 22 de agosto de 2001, procedió a cambiar la calificación, señalando que con independencia de lo expresado por el legitimado activo, se trataba de una demanda por intereses colectivos y difusos, así la admitió y ordenó el emplazamiento de los legitimados pasivos para asistir a la contestación en el proceso oral, que fue considerado como idóneo por el Tribunal para tramitar tal asunto. Luego de la correspondiente sustanciación el día 22 de enero de 2002, el Tribunal dictó la sentencia en audiencia pública y el texto íntegro fue publicado bajo el número 85, el día 24 de enero de 2002.

17 El proceso oral fue tramitado y resuelto conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo, de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana, en la audiencia pública del día 19 de septiembre de 2003.

En aras de una mejor claridad en la exposición de las ideas, dividiré el presente trabajo de la siguiente manera: Se comenzará por analizar la situación actual del proceso administrativo (III); se expondrá el debate sobre la oralidad en el proceso administrativo (IV); se señalarán los principios constitucionales que inspiran el proceso administrativo (V); seguidamente, se hará referencia a los principios del proceso administrativo oral (VI); y, posteriormente se plantearán las necesarias reformas del orden jurisdiccional administrativo (VII).

III. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL PROCESO ADMINISTRATIVO

El proceso administrativo se encontraba regulado con carácter general en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que establecía un proceso esencialmente escrito, admitiendo la posibilidad para el caso en que alguna de las partes lo solicitase, de presentar informes o conclusiones orales o verbales, quedando en este caso, facultadas las partes para presentar conclusiones escritas, dentro de los tres días siguientes¹⁸.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que entró en vigencia en mayo de 2004 es un texto esencialmente continuista en materia procesal, de su predecesora la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Incluso podría calificarse de regresivo en muchas disposiciones, aún cuando algunos han considerado como un gran avance la aplicación del principio de la oralidad en la fase de los informes¹⁹, lo cual como ya se destacó, salvo por su carácter obligatorio²⁰, no implica mayor diferencia con respecto a la ley derogada²¹.

Sin ninguna duda, que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia puede considerarse como la más inconstitucional de las leyes que se han dictado luego de entrada en vigencia la Constitución de 1999²² y quizás es una de las más inconstitucionales en la historia republicana de Venezuela. Esta afirmación no es una mera apreciación personal, sino la corroboración de las decisiones del propio Tribunal Supremo de Justicia²³, que al enfren-

18 Artículos 95 y 97 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976.

19 Artículo 19, párrafo octavo de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.

20 La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 5 de octubre de 2004, que constituye una de sus primeras decisiones luego de entrada en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, estableció como criterio que los informes serán orales, sólo cuando las partes así lo soliciten -como se hacía durante la vigencia de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia-, ignorando que la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece exactamente lo contrario, que los informes serán orales en todos los procesos, sin admitir excepciones.

21 Debe reseñarse que luego de entrada en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ha producido la paradoja de la realización de actos de informes orales en el proceso administrativo, a cuya audiencia no asiste el Magistrado ponente, a quien corresponde elaborar el proyecto de sentencia que deberá adoptar el órgano jurisdiccional, lo que resulta evidentemente contrario al principio de inmediación y constituye una irregularidad que ha sido censurada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 952, de 17 de mayo de 2002, mediante la declaratoria de nulidad de la sentencia dictada por un juez que no estuvo presente en la audiencia.

22 Ello ha motivado seis recursos de inconstitucionalidad contra dicha Ley, que incluso ha sido cuestionada por el Director Ejecutivo de la División de las Américas de Human Rights Watch, quien en su informe intitulado "Manipulan el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela", vol. 16, N° 3 (B), junio, 2004, expresa que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia lesiona el Estado de Derecho en Venezuela.

23 El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia N° 1645, de 19 de agosto de 2004, estableció lo siguiente: "La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia logró, pero sólo parcialmente, incorporar esa novedad [la oralidad]. El artículo 19 párrafo 8, contiene la obligatoriedad de informes orales. Se abandonan así los informes escritos que preveía la ley derogada, la cual únicamente establecía la oralidad a instancia de parte. En el

tarse con la norma jurídica que lo rige ha debido afrontar tal situación y proceder a declarar su inconstitucionalidad por vía de control difuso, valga decir, de desaplicación para el caso concreto por considerar que la disposición analizada colide con la Constitución²⁴.

Este texto legal lejos de brindar soluciones y haber recogido los grandes avances jurisprudenciales de los últimos 50 años, que no son pocos, evidencia que fue elaborado con desconocimiento de la realidad del proceso administrativo, dejando de lado los criterios jurisprudenciales que se habían construido progresivamente y además ha ignorado los aportes efectuados por la doctrina científica²⁵, que habían permitido progresar al orden jurisdiccional administrativo, hacia una auténtica tutela judicial efectiva.

Según esto, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia continua regulando de manera temporal el proceso administrativo, en tanto se sanciona la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa y lo ha hecho sin incorporar mayores progresos en lo atinente al principio de oralidad. Esto lleva a precisar cuál es la posición de la doctrina científica respecto al proceso administrativo.

En el Derecho administrativo francés se ha destacado y defendido el principio escrito en el proceso administrativo, pues “el carácter escrito del procedimiento permite la profundización del asunto, facilita al juez el estudio de los autos y evita las sorpresas y los efectos de la audiencia. Los abogados pueden, ciertamente, dirigirse oralmente al juez, pero sólo para aclarar los puntos que ya hayan sido desarrollados por escrito; el informe oral ante el Consejo de Estado es prácticamente inexistente²⁶”.

En igual sentido, en el Derecho administrativo colombiano que es tributario del francés existe una preeminencia del proceso escrito, pero existen las audiencias en la vista de la causa, en la cual “cada una de las partes podrá intervenir por una sola vez, durante 30 minutos, pero el Presidente de la Sección o Sala, podrá prorrogar el tiempo y se podrá presentar un resumen escrito de la intervención dentro de los tres días siguientes. Lo más importante de estas audiencias, además de dar la oportunidad para debatir los asuntos que ofrecen alguna dificultad para el juez, le permite dictar sentencia en la misma audiencia²⁷”.

En Venezuela, rige el proceso escrito por oposición a la oralidad, debiendo realizarse conforme a aquel los actos procesales que por su trascendencia, razones de seguridad o de fehaciencia requieran que se establezcan por escrito. “En la jurisdicción administrativa, no sólo el período de la prueba se rige por el principio de la escritura, sino la totalidad del procedimiento contencioso-administrativo, pues todas y cada una de sus fases e

nuevo régimen la oralidad de los informes es la regla, sin admitir excepciones. Ahora bien, cuando se lee la totalidad de la nueva ley se puede verificar que la oralidad está ausente del resto del proceso. La Sala estima que ello constituye un apartamiento de la voluntad del Constituyente, que ha querido un proceso fundamentalmente oral y no sólo de manera parcial. ... Por el contrario, el legislador debió seguir el espíritu de la letra de la Constitución y prever actos orales”.

24 La Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1676, de 6 de octubre de 2004, desaplicó el artículo 19, párrafo once por ser contrario al artículo 49, numeral 1 de la Constitución, al lesionar el derecho al debido proceso y a la defensa.

25 ARAUJO JUÁREZ, J. *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1996; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., *Hacia una reconstrucción de la justicia administrativa. Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo y Justicia Constitucional*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1997, pp. 203-223; CANOVA, A., *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Ed. Sherwood, Caracas, 1998; BREWER-CARIAS, A., *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

26 WEIL, P., *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 156-157.

27 PALACIO HINCAPIÉ, J. A., *Derecho Procesal Administrativo*, 2° ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2000, p. 577.

instancias transcurren en forma escrita”, con excepción de los informes, que se realizarán orales, sin perjuicio de que las partes en esa oportunidad consignen escritos que se agregarán a los autos. El sistema escrito permite tanto un examen atento por el juez del objeto de litigio, como una mejor ordenación del debate procesal²⁸.

Tal estado de las cosas conduce a entrar en el debate acerca de la conveniencia o no de introducir el principio de la oralidad en el proceso administrativo, dado que existen argumentos tanto a favor como en contra.

IV. EL DEBATE SOBRE LA ORALIDAD EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Se ha señalado que resulta inconveniente la introducción del principio de oralidad en el proceso administrativo, en virtud de la complejidad que pueden involucrar los asuntos debatidos²⁹, el hecho que en los medios de prueba predomina fundamentalmente la documental³⁰, la trascendencia económica de los asuntos objeto de la controversia, la existencia de una amplia normativa legal y reglamentaria, así como el carácter relevante que desempeña el expediente administrativo en el proceso administrativo³¹.

En contra se ha argumentado que con excepción de la presencia del preexistente expediente administrativo y su rol en el proceso, todas las demás objeciones son comunes a los procesos que se llevan ante los demás órdenes jurisdiccionales y ello no ha constituido óbice para que se aplique la oralidad en los procesos distintos del administrativo. En lo concerniente al expediente administrativo se ha sostenido, que siendo cada vez menos frecuentes los procesos que solamente contienen pretensiones de anulación, producto de la ampliación de las pretensiones contra la actividad o inactividad administrativa que lesiona la esfera jurídica subjetiva de los particulares, el expediente administrativo cada vez tiene menos relevancia como prueba preconstituida. Por tanto, al igual que en cualquier proceso los hechos controvertidos deben ser objeto de prueba, mediante todos los medios probatorios, lo que lleva a considerar que el principio de la oralidad puede desempeñar un papel fundamental para la resolución de la controversia, al permitir tanto el contacto directo de los jueces con las partes, como con los medios probatorios que le permitirán formarse la convicción acerca del asunto que debe decidir³².

28 ARAUJO JUÁREZ, J., *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1996, p. 372.

29 Sostiene Javier DELGADO BARRIO, que el principio de la oralidad no es la fórmula más adecuada para el desarrollo de proceso administrativo “dada la naturaleza de los temas debatidos” dado que con los medios de que dispone la organización judicial resulta “más que dudoso que pudiera conseguirse una mayor rapidez con dicha oralidad”. “Principio constitucional de predominio de la oralidad y Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 38, Civitas, Madrid, 1983, pp. 365-386.

30 Considera José ALMAGRO NOSETE que en el proceso administrativo “predomina la escritura sobre la oralidad y así parece que debe seguir siendo debido a la naturaleza de las cuestiones que en el mismo se ventilan y al carácter casi siempre documental de la prueba, aunque, como es lógico, respecto de los demás medios la oralidad y la inmediatez rijan conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil”. “Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución”, *Lectura sobre la Constitución española*, t. I, UNED, Madrid, 1981, p. 313.

31 JINESTA LOBO, E., *Particulares de la Oralidad en el Proceso Contencioso Administrativo*, San José de Costa Rica, 2001, pp. 119-120, citado por DUQUE CORREDOR, Román J., “Evolución y Situación Actual del Derecho Procesal Administrativo Venezolano”, *El Contencioso Administrativo Hoy*, Funeda, Caracas, 2004, p. 8.

32 DUQUE CORREDOR, R. J., “Evolución y Situación Actual del Derecho Procesal Administrativo Venezolano”, *El Contencioso Administrativo Hoy*, Funeda, Caracas, 2004, pp. 8-9.

Además de los argumentos anteriores, debe considerarse que existe una razón fundamental para introducir el principio de la oralidad en el proceso administrativo, que no es otra que la exigencia establecida en el artículo 257 de la Constitución, de que el proceso sea breve, público y oral, lo que implica que dado el carácter normativo supremo que tiene la Constitución, el legislador no puede plantearse una simple elección entre la conveniencia de desarrollar o no la regulación del mandato constitucional, en virtud de una ponderación de los costos y los beneficios que puede producir la implementación de la oralidad en el orden jurisdiccional administrativo, sino que teniendo presente tales costos-beneficios deberá introducir la oralidad en el proceso administrativo, de la manera que sea más conveniente para garantizar la tutela judicial efectiva, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos esenciales y sin reposiciones inútiles que exige el artículo 26 de la Constitución.

La regulación de este principio de la oralidad desde la Constitución ha sido objeto de importantes comentarios, pues se ha considerado que “probablemente habría sido prudente no constitucionalizar materia tan discutida por los técnicos en la misma. Ahora bien, ante la vigencia del presente apartado segundo de este artículo 120 (de la Constitución Española) entendemos que el mismo debe inspirar una obra legislativa, si se nos permite la expresión tópica, sin prisas pero sin pausas, que vayan corrigiendo la excesiva preponderancia que en nuestro Derecho procedimental desempeña hoy la escritura, pero sin olvidar que en la misma se cobijan ciertas importantes garantías para las partes de un procedimiento, configurando unos autos suficientemente completos, que facilitan la interposición de los recursos pertinentes cuando hay lugar a ello y desde luego ciertas alegaciones y ciertas pruebas sólo deben ser recogidas por escrito, pues pienso que aún hoy tiene validez el viejo aforismo de que *quod non est in actis non est in mundo*”³³. Hay que tener presente que este aforismo se ha considerado superado en el sistema procesal oral³⁴.

Sin pretender terciar en la discusión entre la vigencia o anacronismo del aforismo, quizás sea necesario señalar que el mismo experimenta una atenuación en el proceso oral, porque si bien es cierto que no es posible pretender que se documenten todas las actuaciones producidas en el proceso oral, debe dejarse constancia fiel y exacta de las actuaciones esenciales realizadas por las partes y de las decisiones que adopte el tribunal, debiendo tenerse presente que, en atención del principio procesal de la doble instancia, habrá que dejar alguna constancia de lo debatido y probado, para que el tribunal de segunda instancia pueda determinar si la sentencia recurrida fue dictada conforme a los términos en que se planteó la controversia³⁵.

Ahora bien, dado que se considera que la oralidad en el proceso administrativo presenta particular importancia en virtud de los poderes de investigación de oficio del juez³⁶ y a los intereses que se van a enfrentar en el mismo (individuales y generales), a continuación se hará referencia a los principios constitucionales que rigen el proceso administrativo.

33 ALZAGA, J., *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, 1º ed., Madrid, 1978, p. 727.

34 CAPELETTI, M., *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, E.J.E.A, Buenos Aires, 1972, p. 34.

35 El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia N° 7, de 1º de febrero de 2000, señaló lo siguiente “Cuando se trate de causas que cursen ante tribunales cuyas decisiones serán conocidas por otros jueces o por esta Sala, por la vía de la apelación o consulta, en cuanto a las pruebas que se evacuen en las audiencias orales, se grabarán o registrarán las actuaciones, las cuales se verterán en actas que permitan al juez de Alzada conocer el devenir probatorio. Además, en la audiencia ante el Tribunal que conozca en primera instancia en que se evacuen estas pruebas de lo actuado, se levantará un acta que firmarán los intervinientes. El artículo 189 del Código de Procedimiento Civil regirá la confección de las actas, a menos que las partes soliciten que los soportes de las actas se envíen al Tribunal Superior”.

36 GONZÁLEZ-VARA IBÁÑEZ, S., *La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, p. 423.

V. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE INSPIRAN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Constituye un hecho indiscutible en el Derecho procesal administrativo, que el orden jurisdiccional administrativo tiene pleno reconocimiento constitucional expreso en el artículo 259 de la Constitución, el cual establece que “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a Derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Este orden jurisdiccional debe organizarse de manera tal que garantice la tutela judicial efectiva, de los derechos e intereses, personales, colectivos y difusos (artículo 26 de la Constitución), de conformidad con los principios constitucionales que deben inspirar el proceso. Tales principios son los siguientes:

1. Principio de brevedad

La brevedad de las actuaciones procesales constituye un principio constitucional que nace del mandato de que el proceso debe caracterizarse por ser expedito y sin dilaciones indebidas, es decir, que debe regularse de tal manera que se desarrolle con celeridad.

Es por ello que la regulación legal debe prever el establecimiento de la simplificación, la uniformidad y la eficacia de las actuaciones procesales, con el fin de garantizar la brevedad del proceso administrativo. Con ello se persigue precisar el objeto del proceso y los hechos sobre los cuales existe controversia que deben ser probados, evitando las actuaciones inútiles, superfluas, inconducentes, que se transforman en simples medios para retardar innecesariamente el proceso.

La brevedad o abreviación del proceso se debe materializar a través del cumplimiento o celebración de las actuaciones procesales en la oportunidad legalmente prevista para ellos, así como en la concentración de las actuaciones en una audiencia preliminar y luego en una o sucesivas audiencias complementarias, en caso que sean necesarias, que tendrán por finalidad contribuir a preparar la sentencia que resuelva la controversia.

Conforme a tales términos, el artículo 7 del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que presenté al Parlamento en el año 2000, establece que uno de los principios que rigen el proceso administrativo será la brevedad, es decir, que los asuntos sean resueltos en el menor tiempo posible.

2. Principio de oralidad

Este principio informa la regulación que debe llevar a cabo el legislador para garantizar la realización de un proceso, en el cual se encuentren presentes las características de inmediación del juez, concentración de las actuaciones y publicidad de las mismas. Ello se traduce en la existencia de la preeminencia de la expresión o exposición oral o verbal, sobre los escritos y diligencias, pero de ningún modo supone la desaparición definitiva de éstas actuaciones.

Es por ello que se ha planteado la necesidad de determinar si la oralidad se debe medir cuantitativa o cualitativamente. Es así como se ha distinguido entre la presencia de ambas: Desde el punto de vista cuantitativo, para que predomine la oralidad será suficiente que la mayoría de las actuaciones procesales sean verbales; y desde el aspecto cualitativo, se considera que existe el predominio de la oralidad en las actuaciones procesales, cuando ésta se encuentre presente en los trámites fundamentales del proceso, valga decir, en los cuales se refleja el objeto de la controversia³⁷.

En atención a ello se ha considerado, que cualitativamente hablando, la nueva oralidad exigible es la referida a la vista de la causa, en la cual se deben producir los alegatos de las conclusiones que versen sobre los argumentos iniciales y sobre los medios probatorios, garantizando así el conocimiento público que permita valorar el acierto de la sentencia³⁸.

La oralidad no supone la supresión de las actuaciones escritas, de los papeles, de los expedientes en los tribunales o juzgados, sino que pretende reducir al mínimo aquellos que redactan y presentan las partes; pero ello conlleva a un aumento notable de las actuaciones de la Secretaría del órgano jurisdiccional, que debe dejar constancia de aquellos planteamientos esenciales que hagan las partes, directamente ante ella.

La aplicación del principio de la oralidad no excluye la presentación de escritos y diligencias en el proceso y menos aun supone su eliminación, lo que implica es la disminución de las actuaciones escritas de las partes, en favor de las actas³⁹ y autos que debe emitir el órgano jurisdiccional.

Como conclusión debe señalarse que la interpretación constitucional conduce a considerar, que la implementación del principio de la oralidad debe ser lo suficientemente racional para garantizar un equilibrio entre la escritura y la oralidad, pues no existe un sistema procesal total y absolutamente oral⁴⁰.

3. El principio de informalidad

La informalidad elimina el rito por si mismo, en consecuencia, siempre que la ley no señale una forma esencial para la realización de un acto procesal serán válidas todas aquellas que el órgano jurisdiccional considere válidas para alcanzar su fin⁴¹.

37 DELGADO BARRIO, J., "Principio constitucional de predominio de la oralidad y Jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 38, Civitas, Madrid, 1983, pp. 365-386.

38 DELGADO BARRIO, J., *ob. cit.* pp. 365-386.

39 El artículo 27 del proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que presenté a la Asamblea Nacional, establece que "El proceso se iniciará por demanda o recurso escrito, que se propondrá ante el órgano jurisdiccional competente o ante cualquier otro en la República, en cuyo caso, éste dejará constancia del lugar, fecha y hora de la presentación tanto al pie del escrito como en el Libro Diario y lo remitirá al órgano jurisdiccional competente, el día de despacho siguiente. Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, *se podrá proponer la demanda, o el recurso en forma oral, ante el Magistrado, Juez o Secretario, quien ordenará levantar un acta*, que será suscrita por el accionante y el abogado asistente, así como por el secretario del tribunal". Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala constitucional, en sentencia N° 7, de 1° de febrero de 2000, admite que el amparo pueda interponerse verbalmente y que lo expuesto sea redactado en un acta, que debe recoger los alegatos de los hechos esenciales.

40 RENGEL-ROMBERG, A., "El juicio oral en el Nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano de 1987. Derecho y Sociedad", *Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Montevilla* N° 1, Caracas, 2000, p. 145.

41 Así se estableció en el artículo 3 del proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que presenté al Parlamento, en agosto de 2000.

La informalidad hace más flexible la tramitación del proceso, pues permite una mayor libertad para adaptar la realización de los actos procesales hacia lograr o alcanzar su finalidad, siempre que no se vulneren las formas esenciales y no se produzca indefensión⁴².

Este principio guarda absoluta coherencia con el postulado del artículo 257 de la Constitución, que prohíbe el sacrificio de la justicia por la omisión de las formalidades que no sean esenciales⁴³.

4. Principio de publicidad

Dado que toda la actuación del Poder Público se encuentra sometida al principio de la publicidad, siendo el Poder Judicial un órgano del Poder Público, los procesos de los cuales conoce se encuentran sujetos también a este principio. Es así como la Constitución exige la publicidad del proceso, carácter público que debe constituir la regla, sin perjuicio que en casos excepcionales, por motivo de decencia pública o protección al honor, vida privada, intimidad de las personas, el tribunal resuelva que el asunto se debe tramitar a puertas cerradas, es decir, sin la participación de personas distintas de aquellas que contienden⁴⁴. En todo caso, la sentencia que se dicte se deberá publicar -entre otras razones para difundir la doctrina del órgano jurisdiccional sobre el caso planteado-, sin que ello constituya óbice para que se indique la supresión de los nombres y apellidos de las partes, así como cualquier otro elemento que pudiese permitir su identificación por personas ajenas al proceso.

Este principio de publicidad se puede interpretar en un doble sentido: Por una parte, la necesidad de que todos los actos procesales se realicen en presencia de todas las partes involucradas en el proceso y que tengan acceso pleno a los mismos⁴⁵; y por la otra, es la posibilidad de aceptar la presencia de terceros ajenos al proceso, que quieran conocer las actuaciones procesales.

La publicidad además permite conocer la rectitud de la actuación jurisdiccional, contribuye a evitar que se produzcan sentencias-sorpresa, es decir, aquellas que no tienen nada que ver con lo que fue objeto de debate y de prueba durante el juicio.

42 El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia N° 7, de 1° de febrero de 2000, se pronunció sobre la informalidad de la siguiente manera: “Debido al mandato constitucional que el procedimiento de amparo [en general todos los procesos] no estará sujeto a formalidades [no esenciales], los trámites como se desarrollarán las audiencias y la evacuación de las pruebas, si fueren necesarias, las dictará en las audiencias el tribunal que conozca del amparo, siempre manteniendo la igualdad entre las partes y el derecho de defensa”.

43 En la anterior sentencia, el Tribunal Supremo de Justicia sostiene que “El Estado venezolano es, conforme a la vigente Constitución, un Estado de derecho y de justicia, lo que se patentiza en que las formas quedan subordinadas a las cuestiones de fondo, y no al revés (artículo 257 de la vigente Constitución). Esto significa que en materia de cumplimiento de las normas constitucionales, quienes piden su aplicación no necesitan ceñirse a formas estrictas y a un ritualismo inútil, tal como lo denota el artículo 26 de la Constitución”.

44 En la sentencia mencionada en la nota anterior, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, también se pronunció sobre el principio de publicidad del proceso señalando que “Todas las actuaciones serán públicas, a menos que por protección a derechos civiles de rango constitucional, como el comprendido en el artículo 60 de la Constitución ..., se decida que los actos orales sean a puerta cerrada, pero siempre con intermediación del tribunal”.

45 En el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo que presenté al Parlamento en el año 2000, propuse la eliminación de la reserva en los escritos de pruebas, -tal como ha sido históricamente en Venezuela- y a cambio postulé la publicidad plena, con las excepciones antes mencionadas para proteger derechos constitucionales.

Se puede afirmar que la publicidad no sólo garantiza la presencia de cualquier ciudadano que tenga interés en asistir al proceso, sino que además permite que los medios de comunicación tengan acceso a la información que se genera del debate procesal, pudiendo informar tanto a quienes no pudieron asistir al recinto del tribunal, como al público en general y también garantiza la transparencia, lo que permite un efectivo control social sobre la corrección de la conducta de los jueces, que están llamados a resolver los asuntos, bajo el escrutinio vigilante de toda la sociedad.

5. Principio de gratuidad

Otro de los principios fundamentales que ha establecido la Constitución y que se ha aplicado desde el primer día de su entrada en vigencia, es la gratuidad. Es así como se aprecia que el artículo 26 de la Constitución señala que el Estado debe garantizar “una justicia gratuita”, expresión que interpretada aisladamente haría pensar que las personas que acuden ante los órganos jurisdiccionales para que le concedan la justicia del derecho que reclaman, no están obligados a efectuar pago de ninguna naturaleza por las actuaciones procesales; sin embargo, el artículo 254 de la Constitución al regular el Poder Judicial establece que éste no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios.

En virtud de tal disposición, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 573 de 6 de julio de 2004⁴⁶, ha señalado lo siguiente:

46 Entre los argumentos expuestos para efectuar la distinción entre la gratuidad de los aranceles y de los gastos necesarios para la realización de las actuaciones que requieren desplazamiento fuera de la sede donde despacha el órgano jurisdiccional, la Sala de Casación Civil, en la sentencia N° 573 de 6 de julio de 2004, señala “Entonces, siendo claro que se trata de obligaciones impuestas por la ley (Ley de Arancel Judicial), tal como lo exige el ordinal 1° del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, no queda duda alguna de que al encontrarse el sitio o lugar donde haya de practicarse la citación a más de 500 metros de la sede del Tribunal, el demandante deberá cumplir con tales cargas u obligaciones, independientemente de la gratuidad contemplada en la Constitución, ya que ésta (la gratuidad) hace sólo referencia al arancel judicial o ingreso público tributario. El Estado está facultado para establecer exenciones o exoneraciones tributarias, pero no para obligar a los particulares (transportistas, hoteleros o prestadores de servicios de manutención, etc.) a soportar la gratuidad de los juicios. De manera, pues, que tales sumas de dinero para pagar transporte, hospedaje o manutención no responden a la definición de ingreso público ni de tributo a que se contrae el artículo 2 de la Ley de Arancel Judicial, ni al de renta ordinaria previsto en el ordinal 4° del artículo 42 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional ni al concepto doctrinario de tasa, lo que por vía de consecuencia, no vulnera la gratuidad de la justicia consagrada en el vigente texto Constitucional.

Las razones que avalan la afirmación anterior, radican en lo siguiente: Los pagos que se hagan por transporte, por manutención y por hospedaje se le hacen directamente al funcionario para ser invertidos en el servicio que personas particulares han de recibir o directamente lo hará el interesado, al transportista, al hotelero o restaurante o fonda proveedora de alimentos. No se liquidan planillas como ocurría con el arancel judicial y con toda otra renta, ni se pagan en oficinas receptoras de Fondos Nacionales. En este orden de ideas, y según sean proveídos los conceptos de transporte, manutención y hospedaje por el demandante, interesado en el cumplimiento de la diligencia al funcionario judicial (alguacil en el caso de citación para la contestación de la demanda), nos revelaría una relación de derecho privado entre el que suministra el transporte (el interesado) y el prestador de servicio de transporte, de manutención y de hospedaje, configurándose un típico “acto de comercio”, objetivo definido en los ordinales 6 y 9 del artículo 2 del Código de Comercio. Mientras que la relación que existía entre el particular que pagaba o liquidaba el arancel judicial (entendido como ingreso público o tributo, tal como lo definía el artículo 2 de la Ley de Arancel Judicial), y el estado, daba paso a una relación de derecho público. *De manera, pues, que existía una marcada y notoria diferencia en la naturaleza jurídica de ambas relaciones, pero que coincidían en que ambas estaban impuestas o previstas por la Ley para el logro de la citación, las cuales debían ser cumplidas dentro de los 30 días siguientes a la fecha de admisión de la demanda por la parte del demandante interesado, so pena de que operara la perención de la instancia o extinción del proceso.* Con lo dicho no debe entenderse que la citación debe ser practicada dentro de los 30 días siguientes a la admisión de la demanda o de su reforma. *NO.* Por el contrario, lo que debe

Siendo así esta Sala establece que la obligación arancelaria que previó la Ley de Arancel Judicial perdió vigencia ante la manifiesta gratuidad constitucional, quedando con plena aplicación las contenidas en el precitado artículo 12 de dicha ley y que igualmente deben ser estricta y oportunamente satisfechas por los demandantes dentro de los 30 días siguientes a la admisión de la demanda, mediante la presentación de diligencia en la que ponga a la orden del alguacil los medios y recursos necesarios para el logro de la citación del demandado, cuando ésta haya de practicarse en un sitio o lugar que diste más de 500 metros de la sede del Tribunal; “de otro modo su omisión o incumplimiento, acarreará la perención de la instancia”, siendo obligación del Alguacil dejar constancia en el expediente de que la parte demandante le proporcionó lo exigido en la ley a los fines de realizar las diligencias pertinentes a la consecución de la citación. “Queda de esta forma modificado el criterio de esta Sala a partir de la publicación de esta sentencia, el cual se aplicará para las demandas que sean admitidas al día siguiente de la fecha en la cual se produzca ésta”. Así se establece.

Por tanto, el principio de gratuidad no supone la supresión de todo los pagos, sólo excluye aquellos de naturaleza tributaria que están relacionados con el servicio de administración de justicia, que debían efectuar las personas que intervenían en el proceso, conforme a la Ley de Arancel Judicial. Ello es así porque en criterio del Tribunal Supremo de Justicia, el principio de gratuidad no comprende la exención de todos los gastos que requieran los funcionarios judiciales, para realizar actuaciones procesales fuera del recinto del tribunal, en la medida que ello implique gastos en el transporte, la manutención y el hospedaje del funcionario, pues en tales casos la parte interesada debe proveer los recursos económicos, so pena de que le apliquen las consecuencias establecidas en el ordenamiento jurídico.

En tal virtud es posible sostener que como todo proceso tiene un costo, no existe un proceso totalmente gratuito para las partes, porque las actuaciones jurisdiccionales que no generen pago directo de los usuarios del sistema judicial, se van a pagar a través del presupuesto general del Poder Judicial, que viene conformado entre otros ingresos, por los impuestos que pagan las personas, con independencia de que utilicen o no el sistema de justicia y las actuaciones que requieran un pago concreto del beneficiario de la misma, deberán ser sufragadas directamente por el interesado, en la oportunidad que la ley tenga establecido para ello.

Ello sin perjuicio de la obligación del pago de los honorarios profesionales, que cada parte debe efectuar a sus respectivos abogados, de conformidad con la Ley de Abogados.

VI. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO ORAL

Junto a los principios constitucionales que deben orientar al legislador en la regulación de todos los procesos, debe tenerse presente que el proceso administrativo oral tiene sus propias reglas de funcionamiento, a lo que se suma el hecho de caracterizarse por ser una controversia en la cual se encuentra presente por una parte, el interés general que en ejercicio de funciones administrativas, representan los órganos del Poder Público y por el otro, los particulares en defensa de sus legítimos derechos o intereses.

Es así como en el presente subepígrafe se hará referencia a los principios que deben orientar la actividad del órgano jurisdiccional en aquellos conflictos que se sometan a su consideración, por resultar aplicables las normas de Derecho Administrativo.

cumplirse dentro de ese lapso de 30 días, son las obligaciones previstas en la Ley *destinadas a lograr la citación*, importando poco que ésta se practique efectivamente después de esos 30 días”.

1. Principio de inmediación

Una característica fundamental del proceso oral consiste en la inmediación del juez, quien debe estar presente física y mentalmente⁴⁷ en el desarrollo del juicio para poder dictar una sentencia válida. Ello es así, porque el juez debe pronunciar su sentencia teniendo en consideración las impresiones que le produce el debate entre los contendientes y las pruebas producidas en su presencia, lo que exige que la sentencia se profiera con la mayor (prontitud) inmediatez, para evitar que la convicción a la que ha llegado el juez desaparezca por el transcurso de tiempo, por el análisis de causas similares o distintas que también debe resolver y que le pueden generar distracción, confusión e incluso, porque se produzca un cambio del juez, que genere la necesidad de repetir el debate.

Se considera que existen dos clases de inmediación:⁴⁸ Una es la inmediación subjetiva, que exige la realización de los actos procesales en presencia de otras personas. Cuando es necesario que se realice una actuación en presencia del destinatario final, se produce este tipo de inmediación que presenta particular importancia en el proceso oral; y la otra es la inmediación objetiva, que consiste en la exigencia de que los actos procesales se realicen ante la presencia de determinados objetos, como puede ser que el testigo rinda su testimonio, en el lugar en que se ha llevado a cabo un reconocimiento judicial.

Es preciso señalar que la inmediación no es exclusiva de los procesos orales, porque también podría encontrarse en procesos escritos, pero sin ninguna duda, es en el proceso oral donde cobra todo su esplendor, porque será efectivamente en la audiencia en que se debatirá el objeto del proceso, donde adquiere real eficacia la inmediación.

Ésta supone un aumento del número de actuaciones que las partes realizan directamente ante el juez y proporcionalmente disminuyen las actuaciones que las partes realizan extra-proceso y que luego presenten ante el órgano jurisdiccional, para que las valore al momento de dictar la sentencia.

Precisamente la actividad donde la inmediatez tiene mayor relevancia es la atinente a la proposición y producción de los medios probatorios, porque el juez que va a resolver la controversia, debe determinar los medios que se incorporarán al proceso y la oportunidad en que ello se hará, evidentemente que en su presencia, para que pueda lograr el convencimiento sobre lo que debe decidir. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia 1571, de 22 de agosto de 2001, en la cual estableció:

La recepción de los medios de pruebas ofrecidos debe hacerse en audiencia pública (con las excepciones legales), en presencia del juez que va a sentenciar, a menos que por no tener este último competencia territorial en el lugar donde se evacuará la prueba, ésta deba ser recibida por otro juez. Pero en esos casos, e indudablemente para mantener la presencia del sentenciador en alguna forma sobre la recepción de la prueba, el artículo 342 del Código Orgánico Procesal Penal, por ejemplo, establece un procedimiento que lo reputa esta Sala un sub-principio en la materia, cual es que se ordene la reproducción cinematográfica, o de otra especie (videos, por ejemplo), de los actos probatorios, de manera de crear una inmediación de segundo grado, lo que abre la puerta a este tipo de inmediación.

47 La exigencia de la presencia física y mental del juez podría parecer superflua para quien no litiga o no es conocedor del desarrollo de las audiencias en los tribunales, pero para quienes se enfrentan cada día en los estrados, no es infrecuente observar cómo mientras ellos hacen un gran esfuerzo por convencer al juez sobre la verdad de sus alegatos, éste se encuentra físicamente delante de ellos, pero mentalmente se encuentra muy lejos del recinto del tribunal, lo que produce una ausencia de su intelecto, que le impide llegar a una convicción sobre lo que debe decidir y en consecuencia lo inhabilita para dictar sentencia de manera responsable.

48 GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho Procesal Administrativo Iberoamericano*, Temis, Bogotá, 1985, p. 222.

Conforme a tales premisas, la sentencia considera que el principio de inmediación en lo que respecta a la producción de los medios de pruebas y teniendo presente el principio de libertad probatoria, se manifiesta de varias maneras:

a) Que el juez presencie personalmente los actos de recepción de los medios probatorios, bien sea mediante la dirección de la evacuación de los medios presentados por las partes o incluso mediante la producción de medios probatorios que ordene realizar el propio tribunal.

b) Que el juez no esté presente en el sitio donde se produce el medio probatorio, pero sí interviene en su dirección de manera mediata, utilizando técnicas y equipos de control remoto, que le permitan la aprehensión de los hechos a través de pantallas, sensores, monitores o cualquier medio de transmisión instantánea al momento en que se producen.

c) Que las partes hayan controlado en igualdad de circunstancias la producción de los medios de pruebas y luego los presenten individualmente o de manera conjunta ante el juez, en la audiencia pública, mediante la reproducción de sonidos e imágenes, con la finalidad de que el sentenciador aprehenda los hechos mediante tales reproducciones.

En definitiva, lo que se trata es que el juez tenga una percepción directa tanto de los alegatos⁴⁹, como de los medios de pruebas a través de los cuales se pretenden demostrar los hechos que son objeto de debate en el proceso, permitiéndole formarse una clara convicción que le debe servir para dictar la sentencia.

2. Principio de concentración y continuidad

La concentración procesal persigue que la realización de la audiencia en la cual se desarrollará el debate oral sobre el asunto en litigio, se pueda llevar a cabo en un solo acto o sesión y de no ser posible, en el menor número de audiencias que sean necesarias. En caso que se requieran varias sesiones, que se realicen las estrictamente necesarias y de manera consecutiva o en días muy próximos entre sí para garantizar la concentración y la continuidad en el desarrollo del debate procesal oral. En dichas sesiones se deben discutir los planteamientos opuestos de las partes, que van a servir para la resolución de la controversia.

Sin ninguna duda, la concentración constituye una de las características fundamentales del proceso oral y contribuye a la celeridad y la economía en el mismo.

El ordenamiento jurídico exige que los actos procesales se realicen en conexión con otros actos⁵⁰, en un momento único, que se traduce en una audiencia y en caso que el debate no se agote solo en una, en las sucesivas audiencias que requiera el asunto controvertido, que deben realizarse de manera sucesiva e ininterrumpida en el tiempo.

Se considera que el principio de concentración permite reducir las actuaciones fundamentales del proceso a dos momentos: Uno es el preparatorio o audiencia preliminar; y el otro, es el de examen y decisión del mismo, en la audiencia definitiva o final.

49 El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia N° 1571, de 22 de agosto de 2001, señaló: "Al contrario de la inmediación como principio probatorio, el cual no permite que la actividad probatoria tenga lugar ante un juez diferente al que va a sentenciar, salvo excepciones en el proceso oral; la etapa de alegatos puede ocurrir sin inmediación, ya que este principio no es de la esencia de esa fase, tal como lo contempla el Código de Procedimiento Civil en el juicio oral".

50 GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho Procesal Administrativo Iberoamericano*, Temis, Bogotá, 1985, p. 222.

3. Principio de contradicción

Este principio supone la garantía de participación en el proceso mediante un auténtico ejercicio del derecho al debido proceso y a la defensa, lo que conlleva a la libre exposición de los alegatos, tanto iniciales como durante el desarrollo del debate procesal, permitiendo para ello la formulación de objeciones, oposiciones y réplicas a los argumentos, interrogatorios, preguntas y medios probatorios que sean utilizados por la parte contraria. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, que en sentencia N° 7, de 1° de febrero de 2000, precisó lo siguiente:

Por otra parte, todo proceso jurisdiccional contencioso debe ceñirse al artículo 49 de la Constitución, que impone el debido proceso, el cual como lo señala dicho artículo, se aplicará sin discriminación a todas las actuaciones judiciales, por lo que los elementos que conforman el debido proceso deben estar presentes en el procedimiento de amparo, y por tanto las normas procesales contenidas en la Ley... (*omissis*) ... deben igualmente adecuarse a las prescripciones del citado artículo 49.

En consecuencia, el agravante, tiene derecho a que se le oiga a fin de defenderse, lo que involucra que se le notifique efectivamente de la solicitud de amparo, de disponer del tiempo, así sea breve, para preparar su defensa; de la posibilidad, que tienen todas las partes, de contradecir y controlar los medios de prueba ofrecidos por el promovente, y por esto el procedimiento de las acciones de amparo deberá contener los elementos que conforman el debido proceso.

Lo señalado en la sentencia no es otra cosa que el reconocimiento del principio de dialogicidad que debe respetarse en todo debate judicial y que se expresa a través de la carga de la argumentación que tienen las partes, como de la carga de la prueba y del consiguiente control de la misma, lo que garantiza que una vez verificada la contradicción de los alegatos y de los medios de pruebas, el tribunal llegue a una inferencia no monótona, que en tales circunstancias resulta legítimamente válida desde la perspectiva de la Teoría de la Argumentación.

En consecuencia, en el proceso administrativo oral siempre se debe preservar la bilateralidad de la audiencia, con la finalidad de garantizar la racionalidad y legitimidad de la sentencia⁵¹.

4. Principio de investigación e impulso de oficio

Si algún proceso evidencia la fractura o quiebra del principio dispositivo, ese es el proceso administrativo, en el cual el órgano jurisdiccional se encuentra investido de suficientes competencias para justificar los poderes inquisitorios en el proceso escrito. Ello adquiere mayor trascendencia en el proceso administrativo oral, donde la función del juez cobra un auténtico protagonismo, toda vez que es rescatado del cementerio de pape-

51 El filósofo Eduardo PIACENZA considera que “una sentencia que se pronuncia inaudita parte, no sólo conculca un derecho subjetivo, sino que desvaloriza objetivamente la motivación en la que se funda. Más allá de proteger los intereses de las partes, esta bilateralidad de la audiencia –como a veces se le llama– es un mecanismo para preservar también la racionalidad de las decisiones. Si en el proceso una de las partes queda en situación de indefensión, la sentencia será arbitraria; y no dejará de serlo porque luego, un nuevo juicio, procesalmente irreprochable, culmine en una sentencia cuya parte dispositiva tenga su mismo contenido material. Ya se lo había advertido la Medea de Séneca a Creón: quien ha decidido algo sin oír a la otra parte, aunque haya decidido lo justo, no ha sido justo”. “Audiatur et Altera pars”, *Revista de Derecho. Tribunal Supremo de Justicia* N° 2, Caracas, 2000, p. 195; en este mismo sentido HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., en “La inconsistencia argumentativa en el análisis del derecho a la defensa”, *Revista Tachirensis de Derecho* N° 13, San Cristóbal, 2001, p. 119. www.hernandezmendible.com.

les en el cual se encuentra enterrado y se transforma en una suerte de *prima donna* que no solo va a participar activamente en el proceso, aún cuando sin sustituir la actuación que corresponde a las partes en el mismo, sino que además se transforma en un auténtico director, que debe realizar la averiguación de los hechos realmente controvertidos para proceder a la determinación del objeto litigioso y sobre el cual debe recaer la producción de los medios probatorios y debe realizarse el debate procesal⁵².

Ahora bien, la determinación de los hechos realmente controvertidos no necesariamente debe hacerse indicando cada uno de ellos, sino que puede hacerse mediante la exclusión expresamente de aquellos que no deben ser objeto de debate, es decir, el juez no debe señalar de manera exhaustiva todos y cada uno de los hechos y medios de pruebas que serán objeto de debate durante la audiencia final, sino que puede limitarse a descartar los que no serán objeto de la controversia, lo que producirá como consecuencia, que tal debate oral verse sobre los hechos y medios probatorios que no fueron eliminados⁵³.

El juez como director del proceso debe ordenar la realización de las audiencias, debe aclarar los aspectos dudosos y asesorar a las partes, e incluso, en cumplimiento del artículo 257 de la Constitución, que dispone no sacrificar la justicia por el incumplimiento de formalidades no esenciales, debe ordenar la corrección o corregir directamente los errores u omisiones en que hubieren incurrido las partes, siempre que éstos sean subsanables y todo ello sin que se le pueda calificar de estar parcializado.

Es conforme a tales términos que en los artículos 4 y 5 del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁵⁴ que presenté en agosto de 2000, a la Asamblea Nacional, se reconocen las potestades de oficio del órgano jurisdiccional administrativo, que son complementadas en las disposiciones de los artículos 115 y 116 del referido texto⁵⁵.

52 El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia N° 1571, de 22 de agosto de 2001, estableció lo siguiente: “A pesar de que la alegación corresponde a un momento procesal diferente a la prueba de lo afirmado, no es discutible que el juez adquiera elementos probatorios del acto oral de recepción de alegatos, los cuales sirven para formar su convencimiento sobre la realidad de los hechos, y por ello no se concibe un acto oral para alegar donde el juez no puede hacer preguntas a los presentes, no sólo con fines aclarativos de los alegatos, destinados a la fijación de los hechos controvertidos, sino también con los fines probatorios para verificar las afirmaciones contrapuestas de las partes. De allí, que las partes se acuerdan sobre los hechos alegados y las pruebas hasta allí producidas, el Juez puede intervenir con amplitud, interrogando a las partes y hasta terceros, ponderando el derecho de defensa de los litigantes”.

53 Se ha llamado la atención sobre la actuación que debe realizar el juez con la finalidad de fijar los hechos, señalando “que se impone un criterio amplio en la apreciación de los hechos que resultan conducentes a la decisión del litigio, ya que por principio ello es materia de la sentencia definitiva y si la ley ha anticipado la oportunidad de su consideración ha de ser a condición de que se trate de supuestos claros y concluyentes; en caso de duda, debe prevalecer una pauta de amplitud y elasticidad, favorable a la admisión de los hechos y a la producción de las pruebas. La potestad acordada al juez debe ser usada con prudencia, a fin de no causar agravios innecesarios a las partes, máxime que puede verse comprometido el *derecho de defensa*”. BERIZONCE, R. O., “La audiencia preliminar en el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica”, elaborado para el Studi in onore del Prof. Vittorio DENTI y también publicado en la *Revista de Derecho Probatorio* N° 3, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1994, pp. 260-261.

54 El artículo 4 del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que “Los órganos jurisdiccionales conocerán de los asuntos de su competencia a instancia de parte, pero podrá proceder *de oficio*, cuando la ley lo autorice para ello o cuando se encuentre involucrado el orden público”; en tanto el artículo 5 expresa que “Los órganos jurisdiccionales deben impulsar el proceso *de oficio* hasta dictar sentencia definitiva, sin perjuicio de que conforme a los casos previstos en esta ley, el proceso se paralice o suspenda en espera del cumplimiento de algún trámite o acto esencial para su resolución”.

55 El artículo 115 señala que “El órgano jurisdiccional, en cualquier estado y grado del proceso, a instancia de parte o *de oficio*, podrá reducir los plazos previstos en esta Ley, cuando existan razones de urgencia, las partes expresamente convengan en ello o de las actas del expediente se evidencie que el asunto es de mero derecho”; por su

VII. LAS NECESARIAS REFORMAS DEL ORDEN JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVO

La implementación efectiva del proceso oral, no supone simplemente la aparición de una nueva regulación, sino que además exige la reforma tanto de la organización interna como de la planta física que tradicionalmente han tenido los órganos jurisdiccionales para tramitar procesos escritos, se requiere un nuevo modelo de gerencia judicial, resulta de primer orden la capacitación de los jueces, secretarios, alguaciles y demás auxiliares de justicia, así como del resto de los operadores jurídicos, valga decir, abogados particulares y del Estado, procuradores, fiscales del Ministerio Público, representantes de la Defensoría del Pueblo y por supuesto, se requiere la utilización de nuevas tecnologías, dotación de los equipos informáticos y el empleo de la telemática que permitan desarrollar eficiente y eficazmente la actividad jurisdiccional en el proceso oral. Son estos aspectos los que ocuparán la parte final del presente trabajo.

1. La modificación de la organización, de la infraestructura y la dotación de herramientas tecnológicas en los tribunales

Hay que advertir que actualmente los órganos jurisdiccionales no se encuentran ni organizativa, ni técnicamente preparados para la realización de los procesos orales y es aquí donde se presenta uno de los aspectos más críticos en la introducción del principio de la oralidad.

En el acta que se elabora con motivo de cada audiencia se debe dejar constancia fiel y exacta de lo debatido, debiendo efectuarse especial mención de aquellos asuntos que las partes expresamente soliciten o de todo aquello que así disponga el tribunal y de las decisiones que éste haya adoptado. Por ello, tal como señala Borrajo Iniesta,⁵⁶ no pueden haber juicios orales sin grabaciones, por lo que se requiere dotar a los órganos jurisdiccionales de los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos para que quede expresa constancia de todas las actuaciones que se realicen durante el debate procesal.

Sin embargo, en la actualidad no existen ni los medios de registro de la voz o de las imágenes a través de los sistemas de video grabación que permitan dejar un registro fiel y exacto del desarrollo de las audiencias y menos aún, la posibilidad de que las partes soliciten cuantas copias consideren necesarias.

Las actuaciones procesales efectuadas en las audiencias quedan reflejadas en un acta elaborada por la secretaría del órgano jurisdiccional, en la cual ésta se limita a indicar el objeto del proceso, las partes que intervienen en él y sus apoderados judiciales, pero sin que se recojan los alegatos fundamentales, las objeciones y las observaciones que éstos presentan, así como las circunstancias que el funcionario judicial considere relevantes dejar establecidas en dicha acta y una sucinta mención en caso que el juez haya efectua-

parte el artículo 116 establece que “El órgano jurisdiccional, en cualquier estado y grado del proceso, podrá ordenar *de oficio*, la evacuación de los medios probatorios que considere pertinentes para la resolución de la controversia”.

⁵⁶ Señala Ignacio BORRAJO INIESTA que “los esfuerzos que, con mejor o peor fortuna, realizan los Secretarios judiciales son propios de las Chancillerías de otros tiempos: textos manuscritos son los que dan constancia de los trámites orales de los procesos, con una letra en la que es patente la pugna entre la legibilidad, por un lado, y la fidelidad a los términos de la conversación que se intenta transcribir, por otro”. “Procedimiento Abreviado. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998”, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 100, Madrid, 1998, p. 576.

do algún interrogatorio, observación o solicitado alguna aclaración, es decir, que el acta dista mucho de ser un documento fidedigno de los planteamientos formulados en el debate, en donde muchas veces se realizan observaciones u objeciones durante el desarrollo de la audiencia que no son recogidas en forma alguna, lo que implica una omisión que puede afectar el conocimiento de lo que el juez debe fallar.

Además, para llevar a feliz ejecución el proceso oral, se requiere una adecuación de la sede de los órganos jurisdiccionales, a los fines de poder llevar a cabo las audiencias. Ello implica la disposición de un lugar lo suficientemente amplio, donde se ubicarán los jueces, el secretario del órgano jurisdiccional, los auxiliares de justicia, así como las partes y sus apoderados judiciales. Tal espacio debe permitir la ubicación de los equipos que van a servir de apoyo a la realización de las audiencias y dado que el proceso oral se caracteriza por la publicidad, también debe preverse el espacio físico donde de establecerán tanto las personas ajenas al proceso que asisten al mismo, como los representantes de los medios de comunicación social.

Lo expuesto permite concluir que el proceso oral exige un nuevo modelo de organización de los órganos jurisdiccionales, para la realización de las audiencias y exige que además pueda implementarse la telemática⁵⁷, para llevar a cabo una función jurisdiccional que garantice una auténtica y efectiva tutela jurisdiccional.

2. La formación de los nuevos Jueces

En la actualidad los jueces solo se encuentran capacitados para conducir un proceso preponderantemente escrito, donde no existe una auténtica oralidad, la brevedad no está presente, se trata de un proceso excesivamente formal y con fases preclusivas, rígidas y largas en su tramitación, lo que atenta también contra los principios de inmediación, concentración y continuidad.

Tales hechos permiten que el juez no se involucre directamente con el debate procesal y que incluso delegue la resolución de las controversias, en esos jueces sin rostro que son los asistentes, quienes analizan los planteamientos formulados en el papel y elaboran una sentencia formalmente fundada en Derecho, pero que materialmente puede estar alejada del auténtico conflicto que debe ser resuelto.

Uno de los principales enemigos de la aplicación del principio de la oralidad es el propio juez, quien se siente incómodo y poco motivado a dedicar tanto tiempo al desarrollo de las audiencias, lo que lleva a que en ocasiones se hayan realizado audiencias ante un juez que es el naturalmente llamado a elaborar la sentencia y luego haya sido otro distinto el que profirió el fallo⁵⁸ o que se haya dispuesto en contravención de la

57 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., "El Derecho Administrativo en la Sociedad de la Información (Reflexiones sobre el Impacto de las Telecomunicaciones y la Informática)", *Perspectivas del Derecho Administrativo en el Siglo XXI*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 211-214.

58 El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia N° 952, de 17 de mayo de 2002, se pronunció respecto a la obligación que tiene el juez ante quien se realiza la audiencia de dictar sentencia, señalando que una vez finalizado el debate oral o dentro del plazo máximo de 48 horas siguientes debe emitir su decisión y al no hacerlo quebranta el principio de inmediación, dado que la finalidad de la audiencia es que el órgano jurisdiccional tenga contacto directo con las partes, de tal manera que los hechos le sean expuestos, pueda percibirlos y apreciarlos de manera fácil, sin mediación de alguna naturaleza. Por ello, se considera necesario que el juzgador y las partes estén en contacto directo y en caso que quien ha sentenciado no haya presenciado y dirigido la audiencia en su condición de juez, el órgano jurisdiccional que conozca en el grado superior de la causa debe declarar la nulidad del

ley, -que establece los informes orales en todo proceso administrativo-, que éstos únicamente se realizarán oralmente, cuando las partes previamente lo soliciten⁵⁹.

Es por ello que se debe formar un nuevo juez, que en términos generales sea un auténtico director del proceso y que por tanto actúe como ordenador del desarrollo del mismo, debiendo garantizar la igualdad de las partes en el debate y teniendo presente lo siguiente: Al juez compete admitir la demanda y ordenar el emplazamiento de los interesados, en condición de auténticas partes o de terceros; fijar la oportunidad en la que se realizarán las audiencias, así como los hechos, precisando cuáles se consideran admitidos y cuáles son los controvertidos; debe proceder a la determinación de la pertinencia o legalidad de la prueba que deberán producir las partes y ordenar la producción de pruebas de oficio, así como de dictar autos para mejor proveer; igualmente le corresponde establecer el tiempo en el cual las partes o sus apoderados realizarán sus exposiciones, así como la posibilidad de éstos de ejercer la réplica y contrarréplica e incluso debe reservarse un tiempo para hacer preguntas a las partes, sobre aquellos hechos que considere necesarios aclarar, a los fines de formar una mejor convicción de lo que debe decidir.

En concreto, en lo concerniente a las audiencias, el Presidente del tribunal o el juez en los tribunales unipersonales debe declarar el inicio de la audiencia y dirigirla, para lo cual deberá establecer los lapsos de intervención de las partes durante el debate. Es obvio que tiene la posibilidad de suspender la audiencia a petición de parte o de oficio, cuando sea necesario.

Además, tiene el poder de dirección, ordenación e interrogación para garantizar una tramitación breve y eficaz de las audiencias, en las cuales predomine la igualdad de las partes y la lealtad procesal, es decir, que debe orientar su actuación a evitar el fraude y el abuso del proceso.

También debe ordenar la grabación y la transcripción íntegra de los medios probatorios producidos durante la audiencia y del debate oral, ordenando conservar tal registro hasta que se dicte sentencia definitivamente firme.

Conforme a la ley, debe señalar aquellas formalidades que debe contener el acta que elaborará el secretario y que deberá ser firmada además de los jueces, por el propio secretario, las partes y sus apoderados, así como por los comparecientes en calidad de testigos, expertos, intérpretes, etc.

En las audiencias las decisiones del juez deben ser verbales y deben hacerse constar en el acta que se elabore al final de cada audiencia.

El resultado del proceso se materializa a través de la sentencia que ha de estar entre los previsibles por los participantes procesales y basarse en los puntos fácticos y jurídicos señalados en el juicio oral⁶⁰.

El Presidente del Tribunal o el juez en los tribunales unipersonales debe coadyuvar en el cumplimiento de los principios del proceso oral, lo que garantiza que el tribunal sentencie con pleno conocimiento de causa para emitir una sentencia justa y que los intervinientes puedan informarse debidamente⁶¹.

fallo y se reponer el proceso al estado de celebración de una nueva audiencia, para que el juez que la presencie proceda a dictar sentencia.

59 Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 5 de octubre de 2004.

60 GONZÁLEZ-VARA IBÁÑEZ, S., *La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, p. 430.

61 GONZÁLEZ-VARA IBÁÑEZ, S., *ob. cit.*, p. 431.

Además de las anteriores conductas que son esperables de un juez formado para la dirección del proceso oral, debe capacitársele en materia de argumentación jurídica, para que sus decisiones se dicten de manera congruente con los hechos controvertidos y demostrados, lo que permitirá una sentencia plenamente fundada en el ordenamiento jurídico.

A lo anterior se suma la imperiosa necesidad de aumentar el número de tribunales y de jueces que puedan atender efectivamente, el volumen de causas que cursan ante el orden jurisdiccional administrativo.

3. La capacitación de los abogados

La Comisión de Reforma del Código de Procedimiento Civil, luego de cien años de proceso escrito, introdujo la oralidad aunque de manera experimental en el proceso civil, con la esperanza de que los jueces, el Ejecutivo Nacional, el Consejo de la Judicatura, el Colegio de Abogados y el resto de los operadores jurídicos mostrarían su interés en la implementación del proceso oral, acelerándose tanto la experiencia, como la formación de la mentalidad en la extensión del juicio oral a los distintos procesos. No obstante hay que mencionar que tal esperanza se vio frustrada, dado que no se mostró ningún interés en iniciar la aplicación de la oralidad en el proceso civil⁶², lo que lleva a analizar cuáles son las principales razones por las cuales los abogados no han impulsado la reforma del proceso hacia una efectiva aplicación del principio de la oralidad.

Sin lugar a dudas que los primeros que deberían manifestarse motivados por la aplicación del principio de oralidad en el proceso administrativo son los operadores jurídicos que se desempeñan en el ámbito del ejercicio profesional como litigantes, porque en la medida que los procesos tengan una mayor duración se ve afectada su eficacia y prestigio profesional.

Pero también debe tenerse presente, que los abogados han sido formados académicamente en las Facultades de Derecho de las universidades para los procesos escritos, a lo que se suman muchos años de práctica en los estrados, lo que implica que no se sientan especialmente motivados a cambiar sus hábitos de actividad profesional.

A ello se agrega que en buena medida la mayoría de los abogados que ejercen en los tribunales llevan su despacho, escritorio o estudio jurídico de manera unipersonal, lo que implica que ellos mismos captan sus clientes, los atienden personalmente y cuando más comparten con un par de abogados, lo que supone que mientras el proceso sea escrito pueden realizar en un mismo día y según se organicen, muchas actividades extra-procesales y el mayor número de actuaciones procesales personalmente, sin tener que delegar o acudir a otros abogados con quienes compartir la responsabilidad del trabajo y de los resultados del proceso. En un proceso escrito un solo abogado puede efectuar diariamente un sin número de actuaciones procesales en un mismo o en distintos tribunales, en tanto que si todos los procesos fuesen orales, un abogado que acuda a una audiencia difícilmente podrá realizar más actuaciones ante otros órganos jurisdiccionales. Sin lugar a dudas, que tales razones de carácter eminentemente pragmático han contribuido a que los abogados no sean los principales promotores del proceso oral.

62 RENGEL-ROMBERG, A., "El juicio oral en el Nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano de 1987. Derecho y Sociedad", *Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila* N° 1, Caracas, 2000, pp. 143-144.

Sin embargo, las circunstancias han cambiado, pues por mandato constitucional los abogados se ven obligados a asistir cada día y con mayor frecuencia a los procesos orales, lo que implica que las justificaciones de carácter práctico se han transformado y desde la perspectiva estrictamente profesional, los abogados están llamados a cambiar su visión del ejercicio profesional, para continuar atendiendo con éxito los asuntos que han asumido ante los órganos jurisdiccionales.

No obstante, el tema no es exclusivamente un problema de gerencia del despacho, escrito o estudio jurídico, sino que requiere también un cambio cultural en el ejercicio de la profesión. Ello supone adecuarse a las exigencias de un proceso oral en lo que respecta a la realización de las actuaciones, la producción de los medios de pruebas, el desarrollo de las audiencias, en fin, a la capacitación de los abogados para exponer de manera coherente, precisa, diáfana, enfática y lacónica los argumentos que justifican sus pretensiones en una causa determinada. La capacitación de los abogados para el proceso oral resulta fundamental, pues éstos no pueden acudir a leer documentos, a realizar exposiciones meramente académicas o que no sean conducentes a la resolución de las pretensiones de las causas que representan.

En la audiencia se deben exponer los alegatos que sean pertinentes para que el discurso no se transforme en un libertinaje⁶³, sin congruencia, que evidentemente no contribuye a la precisión de lo que se debe decidir. Por ello se considera que el debate constituye el núcleo esencial del proceso oral, en el cual los abogados exponen y discuten verbalmente de manera conjunta, tanto los hechos procesales, como los medios probatorios a través de los cuales pretenden demostrar los hechos controvertidos⁶⁴.

Por ello, la exposición del abogado debe ir orientada por la concisión y la coherencia para evitar atormentar al juzgador con expresiones grandilocuentes, imprecisas, desenfadadas e inútiles que no sólo agotan al juez, sino que incluso terminan por ser ineficaces al no lograr la mínima atención e interés de aquel a quien va dirigido el mensaje, el sentenciador.

4. La reforma legal

En el derecho español se considera que existen dos modelos de juicio oral: El primero, que es calificado como “más simple”, en el cual se convoca directamente a las partes a una vista ante el juez, sin que se produzca una preparación previa; y, el segundo, más complejo, en el cual la vista del juicio se prepara antes de señalar la oportunidad de su realización, es decir, es un juicio oral con preparación previa⁶⁵. En el juicio oral con preparación previa, todas las partes que van a intervenir en él tienen que expresar sus pretensiones, mediante la presentación de la demanda o la contestación a la misma, correspondiéndole proponer aquellos medios probatorios que expresamente admite el ordenamiento jurídico, conforme al principio de libertad de pruebas.

Con carácter general, la doctrina científica señala que en el proceso se deben distinguir dos fases fundamentales: Una es la relacionada con la audiencia preliminar que tienen un contenido complejo, en el cual se deben debatir todas las incidencias previas que

63 GONZÁLEZ-VARA IBAÑEZ, S., *La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, p. 428.

64 GONZÁLEZ-VARA IBAÑEZ, S., *ob. cit.* p. 429.

65 BORRAJO INIESTA, I., “Procedimiento Abreviado. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998”, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 100, Madrid, 1998, p. 564.

permitan librar al proceso de cuestiones procesales que carecen de relevancia para el debate de fondo y que una vez resueltas de manera oportuna permitan determinar sobre la continuación o no del proceso (cuestiones de admisibilidad, nulidades procesales); determinación del asunto sobre el cual debe recaer la sentencia; así como aquellos hechos que son admitidos y los controvertidos, sobre los cuales deben versar los medios probatorios; establecer la cualidad de los terceros que pretenden ser admitidos en el proceso como coadyuvantes u opositores del demandante o recurrente.

Tal como se puede apreciar la audiencia preliminar tiene finalidades tan diversas como: a) determinar el objeto del proceso, entendido como los límites de la controversia; b) depurar o sanearlo de manera anticipada a los fines de la sustanciación e incluso evitar el litigio, en aquellos casos donde existen impedimentos insanables, para evitar así tramitaciones innecesarias e inútiles; c) lograr la conciliación entre las partes, es decir, que se puede pretender poner fin a la controversia, mediante el acuerdo de las partes que deberá ser homologado por el órgano jurisdiccional; y en caso que no se logre una solución de la controversia a través de la conciliación; d) servir para preparar la audiencia definitiva, mediante la ordenación de las actuaciones procesales probatorias subsecuentes⁶⁶.

La otra es la audiencia definitiva, que también es denominada complementaria o final y consiste en el momento estelar del proceso, en el cual las partes debaten ante el juez sobre los hechos controvertidos. En ella se lleva a cabo la producción de los medios de pruebas que requieren evacuación, los cuales serán objeto de control por las partes y una vez terminada dicha evacuación, las partes deberán efectuar la exposición verbal de sus conclusiones, -en esa misma audiencia o en la inmediata siguiente-, en el tiempo que les asigne el tribunal para tal finalidad, conforme a los poderes de dirección que le otorga la ley.

Una vez que finaliza el debate oral, el juez debe retirarse para deliberar y emitir una motivación sucinta y el dispositivo de la sentencia en la misma audiencia, que se comunicará mediante lectura pública a las partes y a las demás personas que estén presentes en el recinto del tribunal. Luego se procederá a redactar el texto íntegro del fallo dentro del plazo señalado en la ley y se comunicará a las partes, junto con los votos salvados y concurrentes o particulares, para que quienes no estén de acuerdo con la decisión ejerzan los recursos previstos en el ordenamiento jurídico que consideren pertinentes.

La reforma legal no sólo debe establecer la aplicación del principio de oralidad en el proceso administrativo, sino que debe decantarse por una de las modalidades que brinda el establecimiento de tal proceso y ello corresponde decidirlo al legislador conforme al principio de la garantía de la reserva legal en materia de procedimientos⁶⁷.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

La introducción de la oralidad en el proceso administrativo constituye un gran reto para el legislador y para todos los operadores jurídicos, valga decir, los magistrados, jueces, secretarios, auxiliares de justicia, abogados, procuradores y la ciudadanía en general.

66 *Cfr.* Sobre este aspecto vale la pena revisar la reforma efectuada en México entre 1986-1987, al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, cuando se introdujo la audiencia preliminar. *Cfr.* GÓMEZ LARA, C., "La oralidad en el proceso civil mexicano", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. II, Bogotá, 1990, pp. 185-187.

67 Al respecto véase la sentencia N° 1586, de 12 de junio de 2003, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Tal implementación debe efectuarse con la adecuada racionalidad y ponderación para garantizar la armónica aplicación del texto constitucional, lo que conduce a sostener que este proceso debe caracterizarse por el predominio con carácter general de la oralidad, considerado de una manera cualitativa y no cuantitativa.

Ello implica tener presente al momento de legislar que el principio constitucional de la oralidad no es un fin en sí mismo, sino que al igual que los principios constitucionales de brevedad, informalidad y publicidad tienen una naturaleza instrumental que es garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

En conclusión, lo que debe tener presente el legislador es que el nuevo proceso administrativo debe caracterizarse por ser público, antiformalista, gratuito, concentrado, en el que predomine en las actuaciones procesales fundamentales la expresión verbal, debiendo realizarse delante del juez, quien hará uso de las potestades de investigación e impulso de oficio, que le permita llegar a una auténtica convicción de los hechos sobre los cuales debe recaer la decisión que resuelva la controversia, lo que debe hacer orientado por la finalidad de otorgar una tutela judicial efectiva, realmente expedita y sin dilaciones indebidas.

§47. LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS PÚBLICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Gustavo Briceño Vivas

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y
Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El acto público, esto es, el acto dictado comúnmente por los órganos de los poderes públicos, constituye en todas sus formas, una nítida y clara manifestación del poder que se traduce en la materialización de su voluntad. Manifestación de voluntad ideada bajo la concepción de que la autoridad pública actúa bajo la circunstancia real de que el poder se encuentra autorizado en su manifestación formal, por cuanto el destinatario del acto público es el autorizador de dicha manifestación de voluntad. En este sentido, el acto público, debe tender a ordenar una conducta determinada en singular, o a ordenar conductas determinadas y lo hace con la aceptación formal de los ciudadanos quienes son destinatarios de esos poderes. La aceptación del destinatario del acto público, se manifiesta de diferentes maneras, entre una de ellas, el consentimiento, la aceptación de ese acto, la sujeción a ese acto, la obediencia al acto, tema tratado muy brillantemente por Juan Miguel de la Cuetara en su libro de *Las Potestades Administrativas* que referencia hace a Burdeau sobre la purificación y espiritualización del poder y del ennoblecimiento de la obediencia, en el sentido de que, la obediencia y la convivencia se encuentra la base real del Estado de Derecho. Dada esta razón, se justifica que el acto público, tenga por finalidad esencial que el ciudadano deba aceptar con suficiente obediencia sus efectos y los mandatos del mismo. Es una connotación implícita y efectiva de que en la Democracia y en su Estado de Derecho debe existir un orden formal aceptado y obedecido por todos los ciudadanos.

Atendiendo a lo anterior, es presumible expresar que la obediencia de los efectos y a los efectos de los actos públicos sea, no solo una situación de obediencia formal al acto en si mismo considerado, sino que en Derecho administrativo, tal obediencia formal constituye un principio clásico en esta ciencia, para lo cual indicamos que dicho principio tiene evidentemente sus excepciones.

En efecto, todo el sistema jurídico imperante en Europa como en la América Latina supone una interrelación cuantificada y calificada en una actitud estatal de principio que se contrapone a una excepción. Es un paradigma de carácter jurídico, por medio el cual, el sistema -en su totalidad- presume la idea de que la rigidez de la norma jurídica puede ser atenuada con su no aplicación. Esto es, puede, que en determinados modos de actuación, exista la posibilidad de que el sujeto llamado a realizar u obedecer la conducta impuesta o determinada por el acto público, la misma, pueda ser obviado u omitido por el destinatario de ese acto. Esta situación ocurre pues, tanto en presencia de un acto de carácter público como en presencia de un acto de naturaleza privada.

Ciertamente, cuando ocurre una suspensión de los efectos del acto jurídico público, se da una interrupción destinada a salvaguardar los derechos y/o los intereses del destinatario del acto, constituye pues, un permiso, una habilitación, otorgado por el propio ordenamiento jurídico, a los fines de dispensar, por un tiempo determinado, las consecuencias del cumplimiento de un acto jurídico.

Ahora, esta dispensación de cumplimiento ocurre y se construye absolutamente en todos los actos jurídicos sean públicos o privados e inclusive, en los actos dicho puramente sin la adjetivación de lo jurídico. En este sentido, se da una paralización o suspensión de los efectos del acto destinado a ser cumplido, para lo cual la paralización de cumplimiento se produce solo en el caso de aceptación del ordenamiento positivo.

Ahora bien, los actos jurídicos, tienen, desde luego, diferentes formas de paralización o de detención. Unos, se paralizan, por el simple transcurrir del tiempo, luego, sus efectos hay que reactivarlos para que puedan de nuevo reiniciar sus consecuencias. Otros, se suspenden sus efectos por la propia voluntad del ente o del órgano que lo emite, o, por voluntad concertada del propio destinatario, en fin, existe suspensión de los efectos de los actos por disposición expresa de la ley, que, bajo ciertas condiciones exigidas, una determinada autoridad administrativa o judicial ordena la paralización o el no cumplimiento de sus mandatos y hasta puede existir una paralización de los efectos por la simple posibilidad de incumplimiento derivado de la propia naturaleza del acto jurídico ya dictado.

Por otra parte, la suspensión de los efectos del acto, puede significar diferentes situaciones en atención claro está, al tipo de acto -su naturaleza- que se encuentre en función de la suspensión. Un acto jurídico de naturaleza privada se suspende generalmente de tres maneras, una, por acuerdo de las partes o de los sujetos que intervienen en la relación, otra, por cuanto una sentencia o un acto administrativo ordenan la suspensión, y por último, por cuanto la ley así lo establece en forma expresa y positiva. Un acto jurídico de naturaleza pública se suspende solo bajo dos supuestos bien delimitados, cuando la ley lo señala en forma expresa y positiva o cuando lo ordena un acto administrativo o una sentencia de un determinado tribunal.

Sin embargo, es conveniente advertir, que un estudio sobre la suspensión de los efectos de los actos jurídicos, solo sería menester precisar la referencia a un tipo de ellos, cuales son los actos jurídicos públicos, por cuanto el factor fundamental de su estudio sería la circunstancia de ser dictados por personas públicas es decir, con prerrogativas de poder o “*puissance publique*” para usar la adecuada terminología francesa de Gastón Jeze o el mismo Jean Rivero, para los cuales se ha establecido -dentro del sistema clásico francés- toda una teoría sobre el poder.

Entonces, los actos jurídicos públicos son aquellos que están destinados a modificar o condicionar, o extinguir determinadas situaciones jurídicas de los ciudadanos, bien creando derechos o condicionándolos o extinguiéndolos, esto es, los actos públicos son fundamentalmente instrumentos de actuación de carácter formal, dictados por autoridades públicas que determinan su acción habilitados por la autoridad legalmente constituida y productora efectiva y segura de sus efectos. Son los denominados actos de autoridad para los cuales irremediablemente, y en principio, deben ser ejecutados por los propios ciudadanos sin resistencia alguna, para lo cual existe toda una teoría dentro del campo del Derecho administrativo muy bien sustentada y que se personifica en la denominada autotutela ejecutiva que por cierto, tiene y ha tenido mucha resonancia en el Derecho Administrativo español siendo en nuestro país normatizado en la

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹. Hagamos seguidamente una diferenciación de estos actos públicos atendiendo fundamentalmente al criterio orgánico.

Entre ellos, los actos de orden normativos, las leyes y los decretos leyes, los reglamentos, y todos los demás actos normativos dictados por todas las diferentes autoridades públicas bien sean nacionales, estatales o municipales o institutos autónomos u otros entes descentralizados de la Administración Pública, los actos de la Procuraduría General de la República y del Consejo Nacional Electoral o igual, cualquier persona jurídica de derecho privado que algún texto normativo o legal le atribuya atribuciones específicas para dictar actos jurídicos públicos². Por último, son actos jurídicos públicos los dictados por las Fuerzas Armadas Nacionales en el ejercicio de sus funciones administrativas y jurisdiccionales.

Los actos dictados por los tribunales de la República, las sentencias y demás actos como autoridad jurisdiccional, mas los actos administrativos y reglamentos dictados por los jueces.

Por supuesto, todos los actos administrativos generales o individuales, dictados por todos los órganos de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, mas los actos dictados por los órganos del Poder Ciudadano como la Fiscalía General de la República, la Contraloría General y la Defensoría del Pueblo.

Todos estos variados actos públicos tienen, no solo diferentes formas de manifestarse cuando se ejecutan, sino distintas formas de suspenderlos en sus efectos. Veamos en consecuencia cómo se suspenden los efectos de estos actos (II), que características presenta la suspensión (III) y cuales son sus consecuencias mas importantes (IV).

II. FORMA DE LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS PÚBLICOS

Veamos de seguidas la forma de la suspensión de los efectos de los actos públicos en atención a una abstracta clasificación formal como actos de carácter legislativo (1), luego jurisdiccional (2) y finalmente como actos administrativos (3).

1. Suspensión de los efectos de los actos legislativos

Los actos legislativos constituyen en toda su extensión, actos de autoridad, lo cual implica que su desobediencia por parte del destinatario produce una consecuencia irremediable, cual es, una sanción al destinatario por una actividad ilegítima ocurrida bien por acción o por omisión producto de su desobediencia y tal mandato es desde luego de obligatorio cumplimiento por cuanto el acto legislativo, la ley, es la expresión de la voluntad general. Al ser la ley la expresión de las mayorías, implica ante todo su irresistibili-

1 El sentido general del tema de la Autotutela de la Administración, en GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, t. I, Civitas.

2 Los actos administrativo de origen privado en el Derecho administrativo clásico, pertenece a toda una doctrina interesante en el Derecho Administrativo Francés. Sentencias de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés. Sentencia MONPEUR, BOGUEN, MORAND, MAGNIER. En nuestro país, las sentencias SACVEN, Maria Josefina BUS-TAMANTE, ESCOVAR LEÓN y MARINO RECIO contra Comisión Nacional de Valores entre otras.

lidad de cumplimiento por parte del ciudadano. De acuerdo a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, al hacer referencia a la ley, relucen el termino expresando el pensamiento del constitucionalismo ingles en el sentido de que la ley lo puede todo, menos “cambiar un hombre en mujer” (*Curso de Derecho administrativo I*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, p. 122), y agregan estos autores que “...la ley la norma escrita superior entre todas, la que por ello prevalece frente a cualquier otra fuente normativa y no puede ser resistida por ninguna, en cuanto expresión de la voluntad popular, conforme indica el preámbulo del texto constitucional...” y que solo el control de la constitucionalidad de la ley, puede ser un limite en sus efectos, por cuanto existe una comparación con las máximas normas dictadas por la Constitución en cualquier sistema político y constitucional que se trate.

Ciertamente, los efectos de las leyes son de obligatorio cumplimiento por las razones acotadas, sin embargo, es posible la suspensión de sus efectos por vías especiales, habilitadas por el propio ordenamiento jurídico. Las formas de suspensión de sus efectos se materializan a través del procedimiento previsto en vías judiciales o en instancias del mismo legislador.

En todo caso, podemos observar que las formas de la suspensión de los efectos de las leyes, se sitúan primeramente en el campo de la propia ley, es ella, quien ordena unos determinados efectos de producción de sus consecuencias, para lo cual hacemos referencia a la *vacatio leyes* como una forma de paralización de los efectos de una ley. Y por la otra, la paralización de los efectos de una ley, por vía judicial, para lo cual hacemos referencia a las incidencias provocadas por la introducción de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad y la desaplicación de la ley, que de acuerdo a la legislación venezolana cualquier juez de la República puede suspender en sus efectos.

La *vacatio leyes* es evidentemente una forma de interrupción de los efectos de una ley. La misma ocupa una plaza importante por cuanto responde al principio de la racionalidad técnica de adaptación de los efectos de la ley al contexto social económico y hasta político derivados de su aplicación. En efecto, cuando una ley es promulgada por el Presidente de la República, significa desde ese mismo instante, que sus efectos deben producirse y ya se hace irresistible de cumplimiento por parte del ciudadano, sin embargo, la propia ley abre un espacio en el tiempo, -un lapso- para la absoluta materialización de sus deseos. Es como dar un tiempo prudencial para que sus efectos se puedan adaptar a lo largo de todo el conglomerado social o para que la sociedad se acostumbre a ella. Se suspenden sus efectos, ciertamente, pero solo a los fines de su perfecta y real adaptación.

Es muy importante reseñar con cierta curiosidad, que la suspensión de los efectos de las leyes, puede ser provocada por el propio legislador por partes, en este sentido, la suspensión de sus efectos materiales y jurídicos frente a los ciudadanos, se darán en tanto y en cuanto, lo ordenado en la norma jurídica se materialice y se contextualice en la practica, en el hecho social, o político, así por ejemplo la Ley de Responsabilidad Social de Radio y Televisión señala en sus disposiciones transitorias los lapsos para que se produzcan los efectos de ciertos artículos de la ley que ejemplifican el carácter progresivo en que la ley se materializa en los hechos y en la practica ³.

3 *Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión* (Gaceta Oficial nº 38.081 del 7 de diciembre de 2004).

“Disposición Transitoria Única: 1. La obligación prevista en el artículo 4 de la presente Ley, referida a la incorporación en los programas que difundan los subtítulos, traducción a la lengua de señas venezolanas u otras medidas necesarias que garanticen la integración de personas con discapacidad auditiva, será exigible gradualmente dentro del lapso de tres años, contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, de conformidad con las normas técni-

Entendemos entonces que, la “*vacatio legis*” es una forma de suspensión de los efectos de las leyes por disposición del propio legislador, normalmente ocurre al final de los textos legales, como una disposición de carácter transitorio⁴. Fíjese que la suspensión de los efectos de la ley, tiene como objetivo lograr un proceso de adaptación para que determinados organismos públicos o privados adapten y adopten sus estructuras creadas y apliquen por consecuencia los procedimientos formales adecuados para la mayor y mejor forma de aplicación de la ley. En el caso de la Ley Orgánica de Proce-

cas respectivas. 2. Se harán exigibles a partir de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente Ley, las obligaciones siguientes: a) Las previstas en el artículo 7, sobre los mensajes que se difundan durante el horario Todo Usuario, relacionadas con los elementos de lenguaje tipos “B” y “C”; elementos de salud tipos “B”, “C” y “D”; Elementos sexuales tipos “B”, “C” y “D” y elementos de violencia tipos “C”, “D” y “E”; así como las relacionadas con los juegos de envite y azar, loterías; tiempo máximo de transmisión de las radionovelas y telenovelas. b) Las previstas en el artículo 7, sobre los mensajes que se difundan durante el horario Supervisado, relacionadas con los elementos de lenguaje tipo “C”; elementos de salud tipo “D”; elementos sexuales tipo “D” y elementos de violencia tipo “E”. c) Las previstas en el artículo 11, relacionadas con la garantía de acceso a señales de televisión abierta UHF y VHF, y televisión abierta comunitaria de servicio público, sin fines de lucro; a difundir los servicios de televisión del Estado y a la colocación de facilidades técnicas que permitan la recepción de señales de televisión abierta en el mismo equipo receptor terminal. d) Las previstas en el artículo 14, relacionadas con la propaganda de producción nacional y las relacionadas con la música venezolana, la música de tradición venezolana y la música de Latinoamérica y del Caribe. e) Las previstas en el artículo 18, relacionadas con la publicación de guías, los anuncios de programas y la difusión de programas de acuerdo con los anuncios y guías. 3. Se harán exigibles a partir de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente Ley, las obligaciones siguientes: a) Las previstas en el artículo 9, relacionadas con la publicidad por emplazamiento, así como la relacionada con la publicidad en los servicios de televisión por suscripción. b) Las previstas en el artículo 11, relacionadas con el bloqueo de canales contratados y aquellos canales que difundan elementos sexuales tipo “E”, en los servicios de televisión por suscripción. c) Las previstas en el artículo 14, relacionadas con el porcentaje de publicidad nacional, el porcentaje máximo de retransmisión de otros prestadores de servicios y el deber de informar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. d) Una hora y media de programas especialmente dirigidos a los niños, niñas y adolescentes en horario Todo Usuario. e) El cincuenta por ciento del mínimo requerido de producción nacional en los horarios Todo Usuario y Supervisado. 4. Se harán exigibles a partir de los doce meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente Ley, las obligaciones siguientes: a) Tres horas de programas especialmente dirigidos a los niños, niñas y adolescentes en horario Todo Usuario. b) Siete horas de programas de producción nacional en horario Todo Usuario y tres horas de programas de producción nacional en Horario Supervisado. 5. La producción nacional independiente prevista en el artículo 14 de la presente Ley, se exigirá en los siguientes términos: a) A los nueve meses, contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, la difusión mínima diaria será de una hora durante el horario Todo Usuario y de una hora durante el Horario Supervisado. b) A los doce meses, contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, la difusión mínima diaria será de dos horas durante el horario Todo Usuario y de una hora en el Horario Supervisado. c) A los dieciocho meses, contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, la difusión mínima diaria será de tres horas durante el horario Todo Usuario y de una hora y media en el Horario Supervisado. d) A los veinticuatro meses, contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, la difusión mínima diaria será de cuatro horas durante el horario Todo Usuario y de una hora y media en el Horario Supervisado. 6. Los contratos suscritos entre los prestadores de servicios de radio y televisión y los anunciantes, así como los suscritos entre los prestadores de servicios para las retransmisiones, deberán ser adaptados al régimen previsto en la presente Ley, dentro de los tres meses siguientes a su entrada en vigencia. 7. Hasta tanto se desarrolle una Ley especial sobre la materia, el órgano rector del Ejecutivo Nacional con competencia en comunicación e información, podrá formular y desarrollar políticas y acciones destinadas a la promoción y desarrollo de servicios de radio y televisión de servicio público. 8. Dentro de los treinta días siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley, el Ejecutivo Nacional designará sus representantes en el Directorio de Responsabilidad Social y en el Consejo de Responsabilidad Social, así como en las comisiones de programación de radio y de televisión, respectivamente. Las organizaciones sociales e instituciones que tienen representación en el Directorio de Responsabilidad Social y en el Consejo de Responsabilidad Social, iniciarán el proceso de designación de sus representantes inmediatamente después de la entrada en vigencia de esta Ley.

4 La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dice en su artículo 108 que: “La presente ley entrará en vigencia seis (6) meses después de su publicación en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. Dentro de dicho lapso, el Ejecutivo Nacional, dictará los Reglamentos y Disposiciones a que hubiere lugar y adoptará las medidas administrativas necesarias par la mejor aplicación de aquella”.

dimientos Administrativos se hace referencia a los reglamentos administrativos que deberá dictar el Ejecutivo Nacional para el mejor desarrollo del texto de la ley, lo cual implica la espera de un tiempo para su aplicación, esto es, la suspensión de sus efectos.

Por otra parte es bueno destacar que, existen leyes que ordenan el desarrollo y organización de instituciones que se aplicaran una vez éstas, las instituciones, existan y estén debidamente conformadas. Es lo que comúnmente se denominan leyes orgánicas. A nuestro juicio, es una forma de detención de los efectos de esa ley, hasta tanto sea desarrollada por otra ley o lo indicado en la ley inicial.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dentro de sus Disposiciones Transitorias ordena -y confiere tiempos- que se hagan textos legislativos, para la formación de leyes que deberán crear instituciones y adaptarlas a las creadas e indicadas por la Constitución. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 18 de la Constitución, una ley especial establecerá la unidad político territorial de la ciudad de Caracas que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, los municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda. Pues bien, la primera Disposición Transitoria de la Constitución ordena la creación de esa ley especial para el Distrito Capital, y señala quien deberá aprobarla ordenando la forma de hacerla, para lo cual implica una detención o suspensión del artículo 18, hasta tanto sea creada la ley especial, aparte por supuesto, del régimen provisional de aplicación de la ley vigente, haciendo referencia a otras leyes que serán desarrolladas a lo largo del tiempo, lo que constituiría especies de *vacatio* constitucionales⁵. Obviamente, los efectos de las normas constitucionales se producirán al momento que en la misma sea formalmente promulgada alertando la propia Constitución Nacional que hasta tanto se aprueben las leyes ordenadas se aplicarán las leyes vigentes siempre y cuando no contraigan las normas de la nueva Constitución.

La otra forma de suspensión de los efectos de la ley, se refiere al formal y convencional recurso de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes que todos los ordenamientos jurídicos adjetivos lo declaran en la mayoría de sus principios y normas. Por ejemplo, en la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, referida a la Competencia de la Sala Constitucional, en su artículo 5, párrafo 1 numeral 6, hace referencia a que el Tribunal Supremo de Justicia puede declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. Es evidente, que cuando el Tribunal Supremo de Justicia dicte la sentencia de nulidad contra la ley, suspende sus efectos normativos (art. 5, párrafo 1 número 6). Igual ocurre cuando se declare la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados, Municipios y del Distrito Capital, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ella, mediante el ejercicio del control con-

5 Nos referimos a leyes sobre la nacionalidad y sus normas sustantivas (art. 38 de la C.N.); Reforma Parcial del Código Penal; ley Orgánica sobre Estados de Excepción, ley Especial para Establecer las condiciones y características de un régimen especial para los determinados municipios; legislación sobre sanción a la tortura ya sea mediante ley especial o reforma del Código Penal, ley sobre refugiados o refugiadas y asilados o asiladas; régimen sobre derecho de prestaciones sociales consagrados en el artículo 92 de la Constitución; ley Orgánica Procesal del Trabajo; legislación referida al sistema Judicial; Ley sobre la Defensa Pública; ley que desarrolle la Hacienda Pública Nacional; ley que desarrolle los principios constitucionales sobre el régimen municipal; ley sobre el Banco Central de Venezuela; ley sobre el Cuerpo de Policía Nacional; Ley sobre el Código Orgánico Tributario; leyes orgánicas sobre pueblos indígenas; leyes del Poder Ciudadano.

centrado de la constitucionalidad (art. 5, párrafo 1 número 7), así como, cuando declara la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el control concentrado de la constitucionalidad (art. 1, párrafo 1 número 8).

Igual, cuando el Tribunal Supremo de Justicia, ordena la producción de los efectos legislativos omitidos por la Asamblea Nacional cuando los poderes públicos hayan dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos generales esenciales para su corrección, sin que ello implique usurpación de funciones de otro órgano del Poder Público, o extralimitación de atribuciones art. 8. 1 párrafo 12).

De igual forma, existe suspensión de los efectos de los actos legislativos, cuando el Tribunal Supremo de Justicia antes de la promulgación de una ley, deba revisar la constitucionalidad de la ley, su carácter orgánico, así como de los Decretos con Fuerza de Ley dictados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros mediante ley Habilitante. (art. 5 párrafo 1, número 17).

En lo que se refiere a la competencia de la Sala Político Administrativa, se suspenden los efectos de los actos normativos -con la sentencia que recaiga en el recurso de nulidad- de los actos dictados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros de los reglamentos y demás actos administrativos generales cuando son contrarios a la Constitución o a la ley (art. 5, párrafo 1 número 30) o, cuando declara la nulidad por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad de los actos administrativos generales de los órganos que ejerzan el poder público de rango nacional (art. 5 párrafo 1 número 31).

Igualmente, existe suspensión de los efectos de una ley, cuando se intenta el denominado recurso de Amparo por Inconstitucionalidad previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Sin embargo, es conveniente aclarar, que al no existir, en forma directa amparo contra norma, lo cual implica la no suspensión directa de los efectos de la norma, nada obsta a que por vía de amparo constitucional se puedan suspender los efectos de una norma jurídica cuando existan situaciones particulares en la que se pueda prescindir del acto de ejecución de la norma cuando de ésta se desprenda una amenaza inminente de daño real de derechos y garantías constitucionales. En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal supremo de Justicia ha tenido una posición rígida al negar de plano la suspensión de efectos de las normas en forma directa alegando principalmente que para ello existe el formal recurso de inconstitucionalidad de las leyes, y que lo posible es suspender los efectos inmediatos de los actos que aplican en forma directa la norma jurídica. Ha habido pronunciamiento a este respecto, la sentencia Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de fecha 5 de junio de 2003, con ponencia de Antonio García García dijo con expresión rígida que "...la Jurisprudencia de este Máximo Tribunal ha entendido que el amparo ejercido en forma autónoma contra actos normativos no puede estar dirigido contra el propio texto legal, sino contra los actos que deriven o apliquen el mismo; toda vez que, las normas no son capaces de incidir por si solas en la esfera jurídica concreta de un sujeto determinado y, en consecuencia, lesionar directamente sus derechos y garantías constitucionales, incluso como simple amenaza, por cuanto no sería, en principio, una amenaza inminente, en los términos del artículo 2 de la referida ley Orgánica, esto es, inmediata posible y realizable..." Esto es, la jurisprudencia de la Sala concluye en que en los casos de amparo contra actos normativos, la norma no es objeto de ampa-

ro, sino la causa o motivo en razón de la cual los actos que la apliquen o ejecuten resultan lesivos de derechos o garantías constitucionales.

Otra forma de suspender los efectos de las leyes, son por el denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes, en la cual todo Juez de la República puede suspender los efectos de una norma jurídica que contraiga en su aplicación preceptos constitucionales. Ciertamente, el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, expresa que “cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán esta con preferencia” lo cual implica que, el juez puede suspender los efectos de una norma jurídica si esta viola en forma directa una norma constitucional, esto es, la desaplica -suspende sus efectos- durante el desarrollo del proceso judicial, solo para los efectos de una de las partes en el proceso, lo cual implica que, la suspensión no es genérica o *erga omnes* sino solo de efectos interpartes. Este control de la constitucionalidad que el ordenamiento jurídico les concede a todos los jueces de la República extendido al poder judicial constituye una facultad de suspensión de los efectos de las leyes en forma excepcional, significativa producto de un extenso control de la constitucionalidad de las leyes cuando estas infrinjan las normas de la Constitución.

El artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela muestra nuestra aseveración al autorizar o habilitar “... a todos los jueces o juezas de la República en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente...” Aun de oficio, sugiere la norma constitucional, que los jueces puedan desaplicar, esto es, suspender o detener los efectos de una norma jurídica, de una ley, si consideran que la misma viola preceptos constitucionales en su aplicación, lo cual ésta suspensión tiene esencialmente un basamento de carácter constitucional.

2. Suspensión de los efectos de los actos judiciales

En efecto, la suspensión de los efectos de los actos judiciales o sentencias dictadas por los tribunales de la República ocurre de conformidad con los procedimientos previstos en el Código de Procedimiento Civil y en otras leyes especiales. Es posible la suspensión de los efectos de una sentencia cuando ésta en sus consecuencias pueda lesionar derechos constitucionales inmediatos y no haya sido dictada ya de forma definitiva.

Ciertamente, el medio adecuado para suspender los efectos de una sentencia es la apelación, constituida como institución fundamental del Derecho Procesal para expresar al juez la inconformidad sobre el contenido de una decisión judicial por iniciativa de la parte desfavorecida en la sentencia. Así, el artículo 288 del CPC, lo dice en forma expresa. “De toda sentencia definitiva dictada en primea instancia se da apelación, salvo disposición especial en contrario” La apelación tiene en todo caso, y con ello, una finalidad esencial: es el recurso conferido por la ley al que se siente agraviado por una sentencia, mandato o decisión de un juez, para que el superior, en orden jerárquico, modifique, enmiende o revoque, según sus pretensiones el contenido de la sentencia cuestionada. Es la apelación pues, una forma de suspender los efectos de una sentencia que ha causado en principio un gravamen irreparable o lesionado un derecho.

No está ausente de esta explicación el hecho de que la suspensión de los efectos de las sentencias igualmente responde a la Tutela Judicial Efectiva como paradigma y principio fundamental del sistema constitucional previsto en la nueva Constitución, acordada en su artículo 25. En efecto, y dada la importancia del principio constitucional, la suspensión de los efectos de una sentencia supone un acto de justicia y la posibilidad de revisión de esa sentencia y del proceso llevado a cabo a través del recurso de apelación previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, la apelación es la suspensión de los efectos de una sentencia por cuanto existe por parte del apelante una inconformidad sobre el contenido de la sentencia. Esto es, esta suspensión de un acto judicial, no ocurre por cuanto exista necesariamente la presunción de un gravamen irreparable o de difícil reparación en la definitiva, salvo en lo que se refiere a las sentencias interlocutorias, como lo expresa el artículo 296 del Código de Procedimiento Civil. Sino que la idea confluye en todo caso en la revisión de un proceso judicial ya acaecido, responde pues a una actividad de revisión jurisdiccional. Fíjese, que la suspensión de los efectos de los actos administrativos ocurre por causas distintas a las de los otros actos públicos, como los de la sentencia y de las leyes. Las suspensiones de los efectos de los actos públicos obedecen a razones distintas según la naturaleza de los actos.

Cuando se intenta la apelación de una sentencia, ésta obedece a una especie de formal reclamación por cuanto no existe satisfacción del fallo de las pretensiones del apelante, al contrario de la suspensión de los efectos de los actos administrativos, que la suspensión ocurre por cuanto su ejecución puede causar un daño irreparable, sin embargo, es curioso que el motivo para suspender una sentencia de carácter interlocutoria si es por cuanto puede causar un daño irreparable, lo cual se equipara al motivo o la causa de suspensión de los efectos de los actos administrativos. Y, la exigencia de la suspensión de los efectos de la sentencia el legislador lo expresa como excepción y solo y "...cuando produzca gravamen irreparable..."

En lo que se refiere a las sentencias, la legislación procesal, hace referencia a los modos de las suspensiones. En principio, la apelación produce la suspensión de la sentencia en todos sus efectos. Esto es, la sentencia cuando se apela, todos sus efectos se suspenden hasta tanto el tribunal superior decida con la otra sentencia declararla o no, revocándola o confirmándola. No es posible, en consecuencia, pensar que la apelación produzca la suspensión de una sentencia solo en forma o de manera parcial, como si ocurre con la suspensión de los efectos de los actos administrativos⁶. En este sentido, la suspensión de los efectos de los actos administrativos, siempre puede ocurrir cuando se demuestra que su ejecución puede causar un daño de difícil o de imposible reparación. Es curioso, que el legislador lo permita en la sentencia, cuando esta es interlocutoria y nada mas, y no de igual forma cuando la sentencia es definitiva.

Por otra parte, existe la posibilidad de que aun con la apelación formulada e iniciada no se suspendan los efectos de la sentencia por disposición expresa de la ley, como es el caso de las sentencias dictadas en materia de amparo constitucional, en tanto que el legislador lo dice expresamente que "...contra la decisión dictada en primera instancia, podrá apelarse dentro de los tres (3) días siguientes a la publicación del fallo, la cual se oír en un solo efecto a menos que se trate del fallo dictado en un proceso, que por excepción, tenga una sola instancia..." (art. 35 LOA.). En las sentencias de amparo consti-

6 En efecto, los jueces contenciosos administrativos pueden o no suspender los efectos de los actos administrativos solo en forma parcial.

tucional la suspensión de los efectos de la sentencia es solo en lo que se refiere a la devolución del expediente en sede de la segunda instancia, siendo que, la suspensión de los efectos de una sentencia de amparo, solo es posible cuando la sentencia de primera instancia es revocada por otra sentencia de un tribunal superior, lo cual significa que en principio, y una vez dictada la sentencia en la primera instancia, ésta no tiene efectos suspensivos, su decisión debe pues materializarse. Esta excepción de la regla principal de que -toda sentencia al ser apelada produce la suspensión de sus efectos- ocurre en materia de amparo, por cuanto si se declara con lugar un amparo constitucional, la prelación es que han sido violentados derechos de orden constitucional del recurrente, para lo cual es un mandato constitucional en el sentido que el juez competente “tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que mas se asemeje a ella” (art. 27 de la Constitución).

Es igualmente previsible pensar que con la revocatoria de una sentencia de primera instancia por parte de un juez superior, también se suspenden los efectos de la sentencia revocada para lo cual produce como consecuencia una ganancia para el apelante.

Si se analiza con detenimiento, la suspensión de los efectos de las sentencias, esta se produce no solo por razones de evitar causar daños al destinatario de la sentencia, sino por razones personales en virtud de los derechos de las partes en el proceso, que al fin y al cabo, es la misma situación, pero bajo una lectura diferente en cuanto se suspenden los efectos de los actos administrativos.

3. Suspensión de los efectos de los actos administrativos

Es evidente, que la suspensión de los efectos de los actos públicos, son excepciones al principio e la ejecutividad de los mismos actos. Ciertamente, es partir de los daños en que pudieran producir, en los derechos de un ciudadano, cuando se crea, en todo su esplendor, una teoría o doctrina dedicada al estudio de la no ejecución de los actos públicos. De igual manera, la suspensión de los efectos de los actos de la Administración Pública responde en toda su extensión a la materialización de la denominada Tutela Judicial Efectiva, para lo cual lo incluimos en la suspensión de los efectos de las sentencias dictadas por los tribunales de la República, en la cual ya la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en varias oportunidades, entre ellas, la sentencia del caso *Mervin Antonio Peley Quintero*, al reiterar el criterio de que las medidas preventivas responde a la tutela judicial efectiva, cuando dice que se hace referencia al principio de la ejecutividad del acto administrativo como consecuencia de la presunción de legalidad, se procura evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del auto, por cuanto ello podría constituir, dice la sentencia de la Sala, en “un atentado a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso”.

Ahora bien, la suspensión de los efectos de una sentencia o de una norma jurídica o de un acto administrativo produce una paralización en el convencional actuar del Estado, en cualquiera fuera su manifestación jurídica, esto es, con la suspensión de los efectos de los actos públicos se “detiene” o se “paraliza” el ejercicio de una manifestación de voluntad estatal. Dicha detención ocurre y se fundamenta jurídicamente en base al interés exclusivo del ciudadano o administrado. Es, desde luego, una habilitación del ordenamiento jurídico en beneficio único y exclusivamente en favor del ciudadano apartando el interés público, fin de cualquier acto público. Esto es interesante plantearlo, por cuanto,

con la institución de la suspensión de los efectos de los actos públicos, se demuestra la tesis de que en algunas y en no pocas oportunidades las leyes tienen como fin la satisfacción de intereses individuales y no necesariamente siempre los colectivos.

Pues bien, donde se demuestra en forma inequívoca esta situación, es en la concreta apreciación de la suspensión de los efectos de los actos administrativos, por cuanto es en los actos administrativos, “actos de autoridad”, donde se manifiesta con total prepotencia las prerrogativas del Estado cuando decide imponer sus decisiones y gobernar la sociedad en su conjunto. La suspensión de los efectos de los actos administrativos constituye, bajo esta lectura, un paréntesis de actuación, por medio del cual se le advierte al Estado, la imposibilidad de continuar en el uso de sus prerrogativas, por cuanto de continuar en ello, puede producir un daño o un gravamen irreparable en contra de los intereses del destinatario concreto del acto, mas, cuando esta paralización de ejecución es ordenada por el propio ordenamiento jurídico.

En la suspensión de los efectos de los actos administrativos, el ordenamiento jurídico demuestra su flexibilidad cuando comparte sus beneficios, por un lado, el interés público, generalmente fin de su actuación, y por el otro, el interés del particular, que lo protege frente a una actuación eventualmente arbitraria del Estado. Es decir, el ordenamiento jurídico se observa y se demuestra en toda su extensión como un componedor de intereses tanto públicos como privados, y visto en su conjunto, el ordenamiento jurídico tiene por función ordenar el uso del poder por parte del Estado y el camino de la libertad por parte del ciudadano.

Cuando se suspenden los efectos de una norma jurídica, se suspenden a los solos fines de intereses colectivos o difusos y no particulares, por cuanto el efecto de las leyes es en dirección de intereses colectivos, por esta razón, cuando se suspenden sus efectos, se detiene un efecto colectivo, situación que no ocurre cuando se trata de actos administrativos, en estos últimos se detiene un efecto individual o particular.

Cuando se suspenden los efectos de una sentencia, se suspende un efecto individual mas no colectivo, por cuanto la sentencia por su propia naturaleza tiene efectos ínter partes, salvo en lo que se refiere a una sentencia con efectos *erga omnes* como por ejemplo, cuando se intenta una acción por inconstitucionalidad de una ley, es evidente que la sentencia dictada por el tribunal constitucional deberá anular los efectos de la ley cuestionada en su totalidad.

A. Clases de suspensión de los actos administrativos

Generalmente en doctrina se señala que la ejecución de los actos administrativos puede ser acordada por propia decisión administrativa o por vía jurisdiccional⁷. La suspensión de los efectos del acto administrativo puede ser acordada por el propio órgano administrativo de oficio o bien a requerimiento del interesado, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos; que se demuestre que se ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundare en la nulidad absoluta del acto. En estos casos, la Administración podrá suspender los efectos de ese acto administrativo.

Por vía judicial, es decir, a través de una sentencia, se puede suspender los efectos del acto administrativo de conformidad con el artículo 21, párrafo 22 de la Ley Orgá-

7 DORMÍ, José, *El acto administrativo. Ejecución, suspensión y recursos*, Ediciones Macchi, Buenos Aires.

nica del Tribunal Supremo de Justicia cuando dice; “El Tribunal Supremo de Justicia podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, a instancia de parte, cuando así lo permita la ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. A tal efecto, se deberá exigir al solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio”.

Todos los órganos públicos del Estado, pueden suspender de oficio los efectos de sus actos.

De allí, la Asamblea Nacional suspende los efectos de las leyes con la figura de la *vacatio legis*, es el propio legislador entonces, quien impone un espacio de actuación legal para su adaptación, como señalamos *supra*. El juez en su sentencia puede desde luego, señalar el comienzo de los efectos de su decisión, a *motus proprio*, por esta razón, los efectos de una sentencia pueden tener efectos hacia el pasado *ex tunc* o hacia el futuro *ex nunc*. El artículo 5, párrafo 1, numerales 6 y 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dice que la sentencia debe determinar expresamente sus efectos en el tiempo. En este sentido, cuando la ley dice que la autoridad administrativa puede suspender los efectos de los actos administrativos de oficio, no es una innovación o patrimonio exclusivo de la función administrativa sino al contrario compartido con las otras funciones del Estado. Ahora, cuando la autoridad administrativa de oficio, suspende los efectos de un acto administrativo, lo hace en virtud de proteger los intereses o los derechos subjetivos del destinatario del acto, esto es del administrado, lo cual implica que la función administrativa que siempre actúa en beneficio del interés público, aquí lo hace -actuación de oficio- en beneficio de un interés particular. Se denota entonces, una marcada diferencia entre la actuación de los órganos públicos, cuando actúan de oficio, entre las funciones administrativas con las otras funciones del Estado. Fíjese que la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos lo dice muy nítidamente dice: “...el órgano ante el cual se recurre podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido en el caso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado...” es decir, la actuación del órgano de la Administración suspendiendo los efectos del acto, lo hace en complacencia del pedimento del interesado.

También, es posible la suspensión de los efectos por vía judicial, en atención a que la ejecución del acto pidiera eventualmente dañar los derechos del administrado, aun cuando la sentencia definitiva pudiera ser declarada a su favor, o sea en la nulidad definitiva del acto. Con la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el juez puede decretar de oficio, la suspensión de los efectos del acto administrativo, cuando haya sido solicitada su nulidad formal. En este sentido, el artículo 19 párrafo 12 de dicha ley dice: “...en cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia podrá acordar, *aun de oficio*, las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio...” Esto es, si entendemos por medidas cautelares, entre varias, a la suspensión de los efectos de un acto administrativo.

Tanto la autoridad administrativa como el juez contencioso administrativo pueden decretar de oficio la suspensión de los efectos del acto para resguardar la apariencia del buen derecho y evitar que la ejecución del acto pudiera causar gravamen irreparable o de difícil reparación en la definitiva. ¿En que se diferencian ambas potestades? Se diferencian en que, la autoridad administrativa cuando dicta una suspensión de oficio lo hace en atención a que el particular no sufra particularmente las consecuencias de que la ejecución del acto le produzca un daño o gravamen que no va a ser reparado en el acto admi-

nistrativo definitivo, si la gana, es decir es una suspensión garantista de un derecho, es una suspensión tomada en virtud de unos poderes discrecionales los cuales la Administración Pública debe armonizar y calibrar sus poderes tomando en cuenta los intereses colectivos en juego, en cambio, el juez administrativo, decide la suspensión después de armonizar el interés del particular con los intereses colectivos, y tomando en consideración claro está el daño que le pudiera causar al particular la ejecución del acto administrativo.

La Ley (art. 19 párrafo 12 L.O.T.S.J.) impone una obligación legal al juez administrativo cuando le exige que la medida cautelar a tomar no prejuzgue sobre el fondo del asunto, en el sentido de que, dichas medidas no deben prejuzgar sobre la decisión definitiva. Sin embargo, podremos observar que es ciertamente muy difícil que un juez cuando analiza la toma de una decisión cautelar olvide analizar el fondo del problema planteado. Es absolutamente imposible o hasta incompatible, que un juez tome una medida cautelar olvidando cómo es y cómo está planteado el problema de fondo. A nuestro parecer, no es lógico pensar que un juez decida una cautelar si antes no analiza con detenimiento el problema de fondo planteado, por cuanto los procesos judiciales son y deben ser considerados y entendidos como una unidad en la cual el juez observa la totalidad del proceso y no una de sus partes así decida tomar una decisión interlocutoria o definitiva.

Entonces, el criterio para la suspensión de los efectos del acto administrativo por vía administrativa prevalece fundamentalmente razones del interés particular, sin olvidar obviamente, las razones de interés general, esto es, la guía de actuación de la Administración Pública es por un lado, el analizar el interés del particular que no se considere afectado en sus propios derechos, situación que por contrario al juez debe armonizar y tener presente el interés general mas que el particular. Unas de las diferencias es justamente esa pues, la inversión de intereses en las cuales se sitúan la suspensión de los efectos del acto administrativo por la propia autoridad versus la suspensión por parte del juez contencioso administrativo.

Con la suspensión legislativa ocurre otro tanto de consideraciones. En efecto, la suspensión de los efectos de una ley, la misma se considera como una actividad destinada a paralizar unos efectos normativos destinados a ser cumplida por un número indeterminable e indeterminado de personas -consecuencias normativas- lo cual implica una valoración de intereses única y exclusivamente en un ambiente de intereses generales, obviando el intereses de los particulares o sujetos individuales, esto es, la suspensión legislativa obedece mas a razones organizativas y de captación del instrumento legal, la lectura, se hace pues, en atención a las programaciones de instrumentos legislativos y sus adaptaciones al Estado y a la sociedad como estructura y organización.

En estricta puridad de conceptos, los actos administrativos se materializan por efecto de la presunción de legitimidad que les es propio, por cuanto, la actuación administrativa supone un sentido de legalidad, o de legitimidad de sus quehaceres. Y así debe ser. Es imposible encontrarnos con administraciones en las cuales se presuman *ab-inicio* que sus decisiones son ilegítimas sin un análisis del fondo en sus decisiones, seria a todas luces el encuadre de la ineficacia y de la efectividad de sus decisiones. Ahora bien, este encuadre de la presunción de la legalidad que envuelve a todo acto de la Administración Pública, varía en atención al intento de suspensión de efectos que pueda desarrollarse en su seno.

Nos explicamos, la suspensión de los efectos del acto administrativo va a depender de la eficacia del acto y sobre todo de su efectividad y ejecutoriedad. En este sentido, la

autoridad administrativa o el juez contencioso administrativo, deberá velar y ponderar, los efectos de la materialización del acto en el tiempo y en el espacio que posee la Administración Pública para actuar y juzgar.

Pues bien, el grado de perjuicio de los derechos o los intereses del destinatario, estarán a la orden de análisis del juez, para lograr la suspensión de sus efectos. Es, desde luego, el elemento inicial y fundamental a ser analizado, además por supuesto que, producto de la presunción de legitimidad, es que el destinatario del acto debe cumplir irremediabilmente con su contenido. Significa entonces, una valoración que hace la Administración Pública evidentemente inmediata y directa del problema. De allí se denota en toda su extensión, la característica esencial del denominado “ejercicio de la función administrativa” que no es más que el Estado actuando en forma inmediata y directa en sus cometidos sociales⁸.

Cuando hacemos referencia a la suspensión de los efectos de un acto judicial (sentencia), el objetivo del juez, al suspender los efectos de ese dictamen judicial o su postergación, su análisis implica un examen mas determinado e indicado a garantizar un segundo reexamen de todo un juicio, es mas una revisión de -todo un proceso-, de todo un debate judicial realizado en un determinado tiempo, de un pasado, el cual se garantiza -con la suspensión- para el perdedor un nuevo examen de su situación para ratificar o rechazar la definitiva de ese primera examen de la controversia. ¿Que implica entonces una suspensión de una sentencia? ¿A que objetivo responde la suspensión de los efectos de una sentencia? La suspensión de los efectos de una sentencia responde en consecuencia al análisis de todo un proceso⁹, de múltiples situaciones acaecidas en el desarrollo del debate judicial. Al contrario, en la suspensión de los efectos de un acto administrativo, se analiza una determinada situación y no varias, esto es, la suspensión de los efectos de una sentencia responde a un auto-análisis que el poder judicial se hace a si mismo, al contrario, en la suspensión de los efectos del acto administrativo, la suspensión no responde a un formal auto-análisis sino a una revisión de una actividad propiciada por el acto administrativo.

En lo que se refiere a la suspensión de los efectos de las leyes, la situación es mas objetiva, mas concreta, mas determinada, el análisis no responde en ningún caso a *verificar* la existencia de derechos eventualmente lesionados -como en el acto administrativo- ni a un auto análisis de todo un proceso -como es el caso de la sentencia- sino a un problema de efectividad de la actuación indicada, y a ser desarrollada por la ley, a un modo de entender la materialización de los efectos de la ley o de la norma expuesta por el órgano legislativo.

La suspensión de los efectos de un acto administrativo es un procedimiento particular; de una sentencia, es un procedimiento de revisión general; y de una ley, objetivo, es darle posibilidad a un mejor desarrollo en la organización destinada por la propia ley.

Siendo de esta manera es importante destacar, la importancia que reviste la suspensión y las diferencia entre la sentencia y el acto administrativo. La primera, se hace en virtud de una suspensión que arroja a la voluntad de todas las partes del proceso judicial, distinto a la suspensión de los efectos del acto administrativo que implica un favorecimiento en beneficio de una de ellas, como lo es el propio destinatario del acto. La suspensión

8 En el acto administrativo, solo la posibilidad de que dicha ejecución pudiera producir un gravamen irreparable o de difícil reparación en la definitiva.

9 Hagamos aquí referencia aparte a la suspensión de los efectos de las leyes originadas en los denominados recursos de nulidad por inconstitucionalidad o por efectos de los diferentes amparos constitucionales.

de los efectos del acto administrativo tiene un objetivo parcial al contrario de la sentencia cuyo objetivo es general.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS PÚBLICOS

La suspensión de los efectos de los actos públicos tiene en común que dicha suspensión pertenece al mundo de las excepciones en cuanto a la efectividad de los actos dictados por autoridades públicas. En este sentido, el Estado, en principio, no debe delegar sus facultades en la emisión de sus dictados, solo delega única y exclusivamente en el caso de que exista una permisión legal y autorizatoria.

1. En cuanto a la efectividad de los actos públicos, la suspensión de los efectos de los actos administrativos al pertenecer al mundo de las excepciones, dado que paralizan o detienen los efectos de un acto, supone una paralización de una determinada actividad, esto es, la suspensión de los efectos de los actos administrativos constituye y presupone una aceptación por parte del Estado en que su acto dictado ya, debe mantenerse retenido por un espacio de tiempo, lo cual influye en la configuración de que el acto existe pero que sus efectos están detenidos. Esta característica esencial supone ciertamente una actitud de vigilancia por parte de la autoridad administrativa que ha decidido responder favorablemente los intereses del administrado. Acuérdese que una vez que los efectos del acto administrativo son suspendidos, puede el juez o a la Administración revocar la suspensión por falta de impulso procesal.

2. En lo que se refiere a la suspensión de los efectos de la sentencia, la excepción de paralización no solo se manifiesta producto de una disposición legal, en este contexto, el juez no debe ponderar una determinada situación en particular, sino que al contrario, cuando el apelante reacciona y apela de la sentencia, el juez la permite y la acepta¹⁰, por cuanto el ordenamiento jurídico se lo exige. Toda sentencia debe ser apelada, es un principio que el juez debe respetar y no ponderar. Y, en lo que se refiere a la suspensión de los actos legislativos, la suspensión pertenece al mundo de la generalidad, correspondida la actuación para un número indeterminable e indeterminado de personas. El Estado en el ejercicio de la función legislativa no pondera situaciones, sino que impone conductas genéricas y obligantes para todos por igual.

Otra característica referida a la suspensión de los efectos de los actos públicos es su variabilidad normativa. En la suspensión de los efectos del acto administrativo, el ordenamiento jurídico, le concede a la Administración varias posibilidades normativas. Así, la suspensión ocurre si se dan una serie de requisitos previstos en la norma. Una, si la suspensión protege al administrado de causarle un gravamen irreparable, o que la ejecución del acto, el restablecimiento del derecho afectado será de dificultosa reparación o como lo expresa la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, existen reales motivos de nulidad absoluta del acto, lo cual hace presumir por parte de la propia autoridad administrativa que el acto puede ser eventualmente anulado¹¹. En este caso, existen posibilidades varias, de actuación por parte de la autoridad administrativa. Esto es, existen varias posibilidades normativas de aplicación. En lo que se refiere

10 Obviamente si el juez niega la apelación, existe un consecuente recurso contra la decisión del juez.

11 Dice la norma: "El órgano ante el cual se recurra podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido en el caso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto..." art. 87.

a la suspensión de los efectos de la sentencia, si nos atenemos a la normativa prevista en el ordenamiento jurídico, solo el Código de Procedimiento Civil admite taxativamente una suspensión: la apelación formalmente prevista en su artículo 296. La suspensión de la sentencia aparece con menos posibilidades de actuación por parte del Estado-juez al contrario de lo que ocurre en la suspensión de los efectos de los actos administrativos.

3. Por último, y en lo que se refiere a las características, un acto administrativo puede ser suspendido por una autoridad administrativa, por un juez y por una ley en un caso concreto. Una sentencia puede ser suspendida solo por una autoridad judicial o por una ley que prevea efectos retroactivos y, una ley sólo puede ser suspendida por una ley o por una sentencia en el caso de que se intente un recurso de inconstitucionalidad o un amparo constitucional, lo cual significa que, todos los actos públicos dictados en ejercicio del poder a que pertenezcan pueden ser suspendidos en forma recíproca por todos los poderes del Estado. Todos los poderes del Estado pueden pues suspender todos los efectos de sus actos.

IV. LA CONSECUENCIA DE LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS PÚBLICOS

1. Siendo la suspensión de los efectos de los actos públicos una real excepción al principio de la ejecutividad y de la ejecutoriedad, es factible pensar que, dentro del ámbito de las consecuencias se encuentra el hecho de que la suspensión responde a un interés del destinatario del acto público en lo que se refiere al resguardo de sus derechos e intereses. Esto es, la suspensión protege derechos e intereses. En lo que se refiere a los actos administrativos, la solicitud de suspensión va acompañada de una situación por medio del cual un derecho puede ser afectado en caso de que se ejecute el acto. El recurrente, tanto en vía administrativa como en judicial debe alegar que la ejecución del acto le trastoca el disfrute de un derecho, lo cual significa que la suspensión es una institución que provee el resguardo de los derechos de ese administrado.

En lo que se refiere a los actos judiciales, la suspensión genera dos situaciones principales, la primera, la expectativa de una total revisión de un proceso ya acaecido, una situación de revisión de una primera etapa, normalmente el juicio desarrollado en la primera instancia. Y, en segundo lugar, que el apelante tiene derecho a una revisión total del fallo a los fines de que un segundo juez -la segunda instancia- pueda ratificar o revocar la sentencia acaecida en la primera instancia. En lo que atañe entonces a los actos judiciales, la suspensión nos indica una evidente situación de respaldo y protección de derechos e intereses. En lo que se refiere a los actos legislativos, los mismos ocurren para garantizar el desarrollo y la ejecución de una ley, el buen uso que pudiera adaptar una ley que se encuentra en transito de entrar en vigencia y efectividad, para lo cual la suspensión de los efectos de las leyes no se encuentra ausente de la misma forma que los actos administrativos y los actos judiciales el ser una actividad protectora de derechos e intereses.

2. La suspensión de los efectos de los actos públicos constituye como consecuencia una evidente garantía constitucional que desarrolla el propio ordenamiento jurídico entrelazado al principio del resguardo del ciudadano. Aquí, la Tutela Judicial Efectiva construye y contribuye ciertamente a fortalecer un sistema jurídico de garantías por medio el

cual con la suspensión se limite el poder del Estado, cuando éste decide, en el ejercicio de sus funciones legales y constitucionales, desarrollar sus fines y sus cometidos.

En conclusión, pensamos, que la suspensión de los efectos de los actos públicos constituye en todas sus formas una real y evidente protección de los ciudadanos frente a la magnificencia del Estado cuando pretende imponer sus condiciones y sus decires. Por esta razón, la excepción constituye la base fundamental de este problema. Los actos públicos por ser actos de autoridad, el ordenamiento jurídico debe prever un equilibrio de circunstancias, sin permitir, que muchas veces en beneficio del ciudadano se abuse y afecte el interés público, como al contrario el beneficio del interés colectivo se afecte el interés del particular, la suspensión de los efectos de los actos públicos constituye ciertamente una institución que puede salvaguardar el equilibrio entre el interés particular *versus* el interés público.

**§48. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA COMPETENCIA PARA
CONOCER DE LOS RECURSOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS
DE ANULACIÓN CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS
POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO**

Alfredo Romero Mendoza

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Yael de Jesús Bello Toro

Abogado Universidad Católica Andrés Bello

Para determinar cuáles son los tribunales competentes para conocer de los recursos contencioso administrativos de anulación de los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo, debemos señalar primeramente que los actos de las Inspectorías del Trabajo, dictados en aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo, son actos administrativos, tal como la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 17 de abril de 1991, (caso *Automercados Santa Rosa de Lima, C.A.*), en los siguientes términos:

Por otra parte, en el presente caso el *Director General del referido Ministerio, actuando por delegación del ministro, dictó el acto impugnado, en ejercicio de sus facultades de aplicar la parte administrativas de la Ley del Trabajo, como lo determina su artículo 208, de otorgar administrativamente, protección especial a los trabajadores amparados con inamovilidad y de ordenar su reenganche*, cuando han sido objeto de despido por sus patronos, sin haber obtenido la previa calificación de despido y la correspondiente autorización, a que se contraen los artículos 218 del Reglamento de la Ley del Trabajo, en concordancia con su artículo 347. En otras palabras, que la *decisión impugnada resulta de la aplicación de normas administrativas y no de las que regula el contrato de trabajo y dentro de un procedimiento de inspección y de vigilancia del cumplimiento de dicha Ley*, que cabe de las funciones administrativas que se atribuyen al señalado Ministerio (artículo 208, literal C) y en el cual éste ocupa la posición de órgano decisorio, es decir de tercero imparcial y no de parte de relación alguna laboral. Tratase, en consecuencia, *la decisión impugnada, de un acto dictado en aplicación de normas administrativas y no de derecho privado, cuyo control de legalidad, conforme con lo dispuesto en los artículos 206 y 215, ordinal 7° de la Constitución, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y en concreto a esta Sala.* (Resaltado nuestro)

Esta sentencia también señalaba que como consecuencia del carácter de actos administrativos que tenían dichas actuaciones, la competencia para conocer de los recursos contencioso administrativos de anulación contra esos actos que ordenaban el reenganche de los trabajadores, le correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa, específicamente a la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia.

Luego, este criterio jurisprudencial fue modificado por la misma Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de abril de 1992, (caso *Corporación Bamundi, C.A.*). Dicha sentencia estableció que los actos dictados en aplicación de la “*parte administrativa*” de la Ley del Trabajo derogada, así como en

aplicación de las normas reglamentarias de los procedimientos administrativos laborales contenidas en la misma ley, es decir calificación de despido y reenganche, eran actos administrativos, pero consideró que con la entrada en vigencia de la actual Ley Orgánica del Trabajo, es la jurisdicción laboral la que conocerá de la aplicación de todas las normas contenidas en dicha ley. Al respecto, señala la sentencia que son los Tribunales del Trabajo los que deben conocer de los recursos contencioso-administrativos de anulación contra las decisiones administrativas, dictadas en aplicación de la parte administrativa de la Ley Orgánica del Trabajo. En dicha sentencia se señaló expresamente lo siguiente:

Diferente es la situación después de la vigencia de la actual Ley Orgánica del Trabajo (01-05-91). En efecto, en primer término, su artículo 5° consagra la integridad, la exclusividad de la jurisdicción laboral para conocer de toda disputa de derecho sobre las normas de dicha Ley, o de los contratos de trabajo, salvo las que la misma Ley atribuye a los procedimientos de conciliación y de arbitraje, lo cual ratifica en su artículo 655. Y en segundo término, de manera expresa, por excepción, excluye de la jurisdicción laboral, por ejemplo, el conocimiento de los recursos que puedan ejercerse contra las decisiones del Ministro del ramo, específicamente, en los casos de negativa de registro e inscripción de organizaciones sindicales; o en los casos de oposiciones a convocatorias para negociaciones en convenciones colectivas (*Vid.* Artículos 425, 465 y 519). Mientras que en tercer término, en los *casos de otras decisiones de autoridades del Trabajo, como las dictadas en los procedimientos de calificación de despido, o en solicitudes de reenganche, por motivo de las inamovibilidades que la misma Ley contempla (art. 456), en lo que se refiere a los recursos que puedan intentarse en su contra, la misma Ley, por el contrario, se limita a establecer, que dichos recursos se deberán ejercer por ante los Tribunales*, sin precisar, como sí lo hace en los casos antes señalados, que se trata de los tribunales contencioso-administrativos. *Tribunales aquellos, que por lo expuesto, no pueden ser otros que los órganos judiciales señalados en los artículos 5° y 655, antes mencionados.*

En consecuencia, conforme a los textos de los artículos 5° y 655 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, y de acuerdo a las reglas interpretativas contenidas en los artículos 59 ejusdem (“principio de la prevalencia de las normas del trabajo, sustantivas o de procedimiento”), y 60 ejusdem (“principio del orden jerárquico de aplicación de las normas laborales”), *los Tribunales del Trabajo de Primera Instancia, que según el ordinal 1° del artículo 28 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos de Trabajo, son los Tribunales de la Causa, en materia laboral, los competentes para conocer de las demandas de nulidad en contra de las decisiones administrativas, dictadas en aplicación de las normas de dicha Ley que regulan su “parte administrativa”, a que se refiere su artículo 586; salvo aquellas demandas que en forma expresa son atribuidas a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, como sucede en los casos antes señalados de los artículos 425, 465 y 519, todos de la citada Ley. Así se declara. (Resaltado nuestro)*

En esa oportunidad, se produjeron criterios disidentes en cuanto a que los tribunales competentes para conocer de dichos recursos eran los Tribunales del Trabajo, entre esos criterios tenemos los votos salvados de los magistrados Luis Enrique Farías Mata y Aníbal Rueda, los cuales expusieron en su momento los siguientes argumentos:

Voto salvado del exmagistrado Luis Enrique Farías Mata

Está -a nuestro parecer- destinada esta norma, a consagrar los principios de celeridad, eficacia y gratuidad que deben regir los procesos y asuntos laborales; pero en nada se refieren a la “integridad y la exclusividad de la jurisdicción laboral para conocer de toda disputa de derechos sobre las normas de dicha ley, o de los contratos de trabajo, salvo las que la misma Ley atribuye a los procedimientos de conciliación y de arbitraje, lo cual ratifica en su artículo 655, como lo expresa la sentencia de la que disiento.

... *omissis* ...

La pacífica y reiterada doctrina de la Sala acerca de la naturaleza administrativa de las normas de la Ley del Trabajo que contemplan la intervención de la Administración (Miranda EAP, 10-01-80; Ansa, 30-01-87; Pemoca, 28-04-88; Supermercado Santa Rosa de Lima, 17-04-91) -salvo cuando actúa como ente de *derecho privado formando parte de la relación laboral* (Fetraeducación, 05-06-86)- si bien parece quedar a salvo en la sentencia, cuando se afirma que los tribunales laborales se constituirían en “tribunales contenciosos administrativos especiales” al conocer de la parte “administrativa” del derecho del trabajo, tal como lo hacen otros tribunales en distintas materias, repercutiría dicho fallo sin embargo contra la integridad de la jurisdicción contencioso-administrativa, y aún de la propia jurisdicción laboral, a más de lo inconveniente que ha resultado ser en la práctica el atribuir tales facultades de revisión a jueces a quienes la materia le es -por lo menos- ordinariamente ajena.

3. En tal sentido, el razonamiento del proyecto, al entender que por haber mención expresa de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en otros artículos y no en el 456, es débil, en el criterio del autor del presene voto salvado.

En primer lugar, porque podría ser una simple inadvertencia del legislador, ya que nada se dice en la sentencia sobre alguna determinada voluntad de éste -expresada en las discusiones parlamentarias o en la exposición de motivos- de sustraer, por cualquier razón del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, una materia que hasta ahora le correspondía a ésta;

... *omissis* ...

Conforme a la precedente interpretación, “los tribunales” a los que se refiere el artículo 456 son laborales y conocerán de pretensiones y derechos de normas laborales; y es que estando la revisión judicial de los actos administrativos garantizada expresamente por el artículo 206 de la Constitución, y, además, confiada expresamente sólo a los tribunales contencioso-administrativos, parece absurdo que el legislador tenga que declarar expresamente “el derecho de las partes a acudir a los tribunales” para que conozcan de la legalidad del acto administrativo del Inspector del Trabajo.

En este sentido, y de acuerdo con la misma interpretación, conservarían los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de los actos administrativos, aún contenidas en la vigente Ley Orgánica del Trabajo, manteniendo vigencia, entonces, en toda su integridad, la tradicional y ya citada jurisprudencia de la Sala en la materia, más congruentemente sustentable, en opinión del autor del presente voto salvado, si se tiene en cuenta que de esta manera se impide una fractura de la jurisdicción contencioso administrativa y se evita que una doble jurisdicción (la contencioso administrativa y la laboral) llegue a pronunciarse indistintamente en casos análogos.

Voto salvado del magistrado Aníbal Rueda:

1º) De la lectura efectuada al artículo 5 de la Ley Orgánica del trabajo, en modo alguno se infiere “... la integridad y exclusividad de la jurisdicción laboral...”. En efecto, dicha norma se limita a consagrar los principios de celeridad, eficacia y gratuidad vigentes en los procedimientos laborales.

... *omissis* ...

Considero que la competencia debe estar establecida expresamente y, en modo alguno, puede ser inferida de textos legales.

El legislador a lo largo de la Ley Orgánica del Trabajo, cuando ha querido atribuir competencias a determinados órganos administrativos lo ha señalado expresamente.

Asimismo, si hubiese sido su intención crear una jurisdicción especial lo habría indicado expresamente como lo hizo en el capítulo VIII del Título II, denominado De la Estabilidad Laboral (indicando en el artículo 655 de la Ley Orgánica del Trabajo), y hubiese ordenado al Consejo de la Judicatura, la creación de los tribunales necesarios, como lo hizo en el artículo 656 de la Ley Orgánica del Trabajo.

3º) Aunado a ello, el citado artículo 655 puede ser objeto de otras interpretaciones.

En particular, considero que la frase asuntos contenciosos del trabajo, en modo alguno se refiere al recurso contencioso de anulación, sino a aquellas pretensiones y acciones que se deriven de la relación laboral, como sería, por ejemplo, la declaratoria con lugar de la solicitud de calificación de despido por parte del Inspector, en los casos de inamovilidad, hipótesis en la cual, el trabajador deberá reclamar sus prestaciones sociales ante los tribunales del trabajo. En este mismo sentido debe ser interpretada la frase "... quedando a salvo el derecho de las partes a acudir a los tribunales en cuanto fuere pertinente ..." contenida en el artículo 456 de la Ley Orgánica del Trabajo.

4º) Igualmente, resulta endeble la interpretación efectuada por la Sala Político-Administrativa, al considerar que aquellas hipótesis en las que el legislador sometió expresamente el conocimiento de las demandas de nulidad a la jurisdicción contencioso administrativa (artículos 425, 465 y 519) sean de naturaleza excepcional.

En efecto, tales remisiones el legislador únicamente reconoció la competencia atribuida por el artículo 206 de la Constitución de la República a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer el recurso contencioso administrativo de anulación; en consecuencia, difiere de tal interpretación y considero que en esos supuestos sólo existe reconocimiento legal de la facultad constitucionalmente atribuida a la jurisdicción contencioso administrativa.

En atención a las precedentes consideraciones, concluyo que los actos emanados por los órganos administrativos del trabajo (Ministro e Inspector) son actos administrativos, al ser dictados en aplicación de normas de derecho administrativo recogidas en nuestra legislación laboral, y el conocimiento y decisión del recurso contencioso administrativo de anulación contra ellos procedente, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con el artículo 206 de nuestra Carta Magna.

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 20 de noviembre de 2002 (caso *Ricardo Baroni Uzcátegui*), siguiendo el criterio expuesto previamente en decisión del 2 de agosto de 2001 (caso *Nicolás José Alcalá Ruiz*), delimitó el criterio competencial relacionado con los recursos contencioso administrativos de anulación contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, señalando que eran competentes para conocer de ellos las Cortes de lo Contencioso Administrativo, en virtud de ser las Inspectorías del Trabajo órganos administrativos dependientes del Ministerio del Trabajo que forman parte de la Administración Pública Nacional. Textualmente, la Sala Constitucional señaló:

Por ello y como las Inspectorías del Trabajo son órganos administrativos dependientes - aunque desconcentrados- de la Administración Pública Nacional, debe reiterarse en esta oportunidad que *es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para el conocimiento de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo*, sea que se trate, entre otras, de la pretensión de nulidad a través del recurso contencioso administrativo, sean las pretensiones relativas a la inejecución de dichos actos como consecuencia de la inactividad de la Administración autora o bien del sujeto obligado -el patrono o el trabajador- para su ejecución; o, por último, sea que se trate de pretensiones de amparo constitucional con fundamento en lesiones que sean causadas por el contenido o por la ausencia de ejecución de dichos actos administrativos. *De allí que no sólo no existe norma legal expresa que otorgue esta competencia a los tribunales laborales, sino que, de verificarse ésta, sería inconstitucional por violación del artículo 259 del Texto Fundamental. Así se declara.*

... *omissis* ...

Entonces, como se trata de órganos administrativos nacionales, el conocimiento de las pretensiones de nulidad de sus actos administrativos y, en general, de cualquier otra pretensión fundada en Derecho Administrativo corresponde, en todo caso, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Así, mal podría corresponder a los Juzgados Superiores de lo Contencioso-Administrativo, cuya competencia se circunscribe a los procesos planteados en relación con las autoridades estatales y municipales (artículos 181 y 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). *Las Inspectorías del Trabajo constituyen un ejemplo típico de aquellos órganos que están sometidos al control jurisdiccional de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a tenor de la competencia residual que le confiere el artículo 185, ordinal 3, de la referida Ley, por tratarse de autoridades nacionales distintas a las señaladas en los ordinales 9 al 12 del artículo 42 ejusdem.*

... omissis ...

Con fundamento en las consideraciones que se expusieron, y en ejercicio de la facultad de máxima intérprete del Texto Constitucional, esta Sala deja sentado el siguiente criterio, con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República:

(i) *La jurisdicción competente para el conocimiento de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que dicten las Inspectorías del Trabajo, así como de cualquier otra pretensión -distinta de la pretensión de amparo constitucional- que se fundamente en las actuaciones u omisiones de dichos órganos, es la jurisdicción contencioso-administrativa.*

(ii) *De los tribunales que conforman esta jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones antes especificadas corresponde, en primera instancia, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y en segunda instancia, cuando ésta proceda, a la Sala Político-Administrativa de este Supremo Tribunal. ... (Cursivas nuestras)*

Ahora bien, desde el año 2002 ha sido el criterio jurisprudencial reiterado que los tribunales competentes para conocer de los recursos contencioso administrativos de anulación contra actos administrativos de las Inspectorías del Trabajo, son aquellos que forman parte de la jurisdicción contencioso administrativa, específicamente las Cortes de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, recientemente, en sentencia del 2 de marzo de 2005, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, dictó una sentencia que ha generado que se plantee nuevamente un conflicto de competencia entre las Cortes de lo Contencioso Administrativo y los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo. Dicha sentencia, por una parte, ratificó el criterio de las sentencias anteriores, con la concreción de ciertos aspectos, en cuanto a que la competencia para conocer de los recursos contencioso-administrativos de anulación, contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa “ordinaria”. Específicamente, dicha sentencia llega a cuatro conclusiones concretas en cuanto a la competencia:

1. *Son los órganos contencioso-administrativos los competentes para conocer de las providencias emanadas de las Inspectorías del Trabajo.* Textualmente la sentencia referida establece:

Ahora bien, tal como lo refiere la jurisprudencia anterior de la Sala Constitucional, ni la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990 -vigente para la época del caso “Corporación Bamundi, C.A.”- ni la actual Ley Orgánica del Trabajo de fecha 19 de junio de 1997, establecen que corresponda a la jurisdicción laboral el conocimiento de los recursos contra las decisiones de las Inspectorías del Trabajo y, frente al principio de legalidad de la competencia,

parecen insuficientes las razones fundadas en los principios de preeminencia de las normas laborales y unidad de la jurisdicción en materia laboral consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo. Al no estar de forma explícita en una norma expresa en este sentido, no puede pretender aplicarse una excepción al principio general de la universalidad del control por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa de los actos administrativos que se establece en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí, que al ser las providencias emanadas de las Inspectorías del Trabajo, actos administrativos, *una tesis que pretenda que el control judicial de tales actos corresponde a órganos que no forman parte de la jurisdicción contencioso administrativa “ordinaria”, sino de tribunales de la jurisdicción laboral* (que en esos procesos actuarían como contencioso administrativos especiales), debe necesariamente apoyarse en una norma jurídica que expresamente establezca tal excepción al principio general, y en modo alguno cabe derivarse la misma de una norma que no existe en el presente caso.

Por tanto debe concluir esta Sala Plena que, ante la inexistencia de una norma legal expresa que atribuya a los Tribunales Laborales la competencia para conocer de las providencias emanadas de las Inspectorías del Trabajo, dicha competencia corresponde a los órganos contencioso administrativos competentes. Así se declara. (Cursivas nuestras)

2. *Existe una jurisdicción contencioso-administrativa “ordinaria” y una “especial”.* La “ordinaria” se encuentra conformada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos, y los Tribunales Contencioso Administrativos especializados, y la “especial” son todos los demás Tribunales de la República que conozcan de impugnaciones contra determinados actos administrativos por mandato expreso de la Ley. Al respecto, la sentencia referida establece:

En efecto, los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa no son sólo aquellos que ostentan esa denominación (la llamada jurisdicción contencioso administrativa “ordinaria”), a saber, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Tribunales Superiores Contencioso Administrativos y Tribunales Contencioso Administrativos especializados. También los demás tribunales de la República, al conocer de impugnaciones contra determinado tipo de actos administrativos por expesos mandatos de las leyes correspondientes, actúan en esas causas como órganos de la jurisdicción contencioso administrativa (“especial”, si se quiere). Y ello no resulta contrario a lo establecido en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino que obedecerá en todo caso, a que por razones de política judicial (afinidad de la materia, especialidad del órgano judicial, entre otras), se haya optado por la decisión de asignar una competencia específica y de esencia contencioso administrativa, a un tribunal cuya competencia fundamental se inscriba dentro de la jurisdicción ordinaria. Pero en tales casos, los referidos tribunales actuarán como órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, independientemente de su denominación, competencia fundamental o ubicación en la distribución de los tribunales de acuerdo con su ámbito material de competencia. (Cursivas nuestras)

3. *Son los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa “ordinaria” los competentes para conocer de los recursos contencioso administrativos de anulación contra los actos administrativos emitidos por las Inspectorías del Trabajo.* Dicha sentencia señala:

Para finalizar, en razón de la inexistencia en el ordenamiento jurídico venezolano de un basamento normativo que permita predicar que (*sic*) la competencia para conocer de los recursos contencioso administrativos interpuestos contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, los cuales son actos administrativos, *corresponderá a los tribunales de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de tales asuntos*, en virtud de la aplicación del principio de la universalidad de su control por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). (Resaltado nuestro).

4. *Si bien no existe un tribunal contencioso-administrativo especialmente competente para dilucidar conflictos suscitados con ocasión del ejercicio de las competencias de las inspectorías del Trabajo; en garantía del derecho de acceso a la justicia de los particulares, en ese caso en concreto por tratarse de un asunto acaecido fuera de la Región Capital, su conocimiento puede corresponder a un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo Regional.* La sentencia antes referida finaliza señalando lo siguiente:

Ahora bien, dilucidada como ha sido la jurisdicción competente para conocer y decidir casos como el presente, es *necesario determinar y declarar cuál es el tribunal contencioso administrativo competente para conocer del mismo.*

A este respecto existen precedentes, como la sentencia número 1333, de fecha 25 de junio de 2002, proferida por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en la cual señaló:

... 2. *No existe un tribunal contencioso-administrativo especialmente competente para dilucidar conflictos suscitados con ocasión del ejercicio de las competencias de las inspectorías del trabajo; por ello, toca a la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa ver de estos casos* (ver: sentencias núms. 207/2001, 1318/2001 y 2695/2001). Siendo, pues, que a la accionante le resulta más accesible un Juzgado del Estado Bolívar, corresponde tramitar la acción de amparo incoada al Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y Contencioso-Administrativo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar. Así se decide.

Conforme a la doctrina expuesta, en la que *se considera el tribunal ‘...que a la accionante le resulta más accesible’, esto es, en garantía del derecho de acceso a la justicia de los particulares, esta Sala Plena declara que, tratándose de un asunto acaecido fuera de la Región Capital, específicamente la providencia administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo del Estado Carabobo*, mediante la cual se declaró con lugar la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos de un trabajador de la recurrente, *su conocimiento corresponde a un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo Regional. Esta determinación de competencia se hace en aras al acceso a la justicia y a la celeridad de la misma, evitando así, que la persona afectada deba trasladarse a grandes distancias del sitio donde se concretó el asunto, a fin de obtener la tutela judicial efectiva.* Así las cosas, y en beneficio del justiciable, esta Sala Plena declara que el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo competente es el de la Región Centro Norte del Estado Carabobo. Así se decide. (Destacados nuestros)

Tal como podemos observar, en el caso particular, dicha sentencia de la Sala Plena declara como competente al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo Regional. Dicha declaración de competencia, tal como la misma Sala Plena lo establece, es una competencia excepcional en aras del derecho constitucional de acceso a la justicia y a la celeridad de la misma, evitando así que la persona afectada deba trasladarse a grandes distancias del sitio donde se concretó el asunto, a fin de obtener la tutela judicial efectiva.

Siguiendo este criterio, el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, señalando como competentes a los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo Regionales, lo cual, en los términos de la Sala Plena, no aplica en aquellos casos donde se encuentra involucrada la Inspectoría del Trabajo del Distrito Capital, por cuanto no se ve afectada la parte en su derecho al acceso a la justicia, al efecto, en sentencia del 6 de abril de 2005, (Caso *Operaciones Al Sur Del Orinoco, C.A.*), señaló lo siguiente:

Ahora bien, el referido conflicto fue resuelto mediante sentencia de la Sala Plena de este Máximo Tribunal de fecha 5 de abril de 2005, en la cual se dejó sentando que ante la inexistencia de una norma legal expresa que atribuya a los Tribunales Laborales la competencia para conocer de las providencias emanadas de las Inspectorías del Trabajo, dicha competencia corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, conforme a los dispuesto en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Concluyó la Sala Plena, que el conocimiento de los recursos contenciosos administrativos que se intenten contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, atendiendo al derecho de acceso a la justicia de los particulares, corresponde a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales.

Conforme a las consideraciones expuestas en el fallo antes aludido, esta Sala, atendiendo al caso de autos, observa que *se ha ejercido un recurso de nulidad contra la Providencia Administrativa N° 00/091 de fecha 11 de diciembre de 2000, dictada por la Inspectoría del Trabajo de la Zona del Hierro del Estado Bolívar*, mediante la cual se ordena a la sociedad mercantil Operaciones al Sur del Orinoco, C.A. (OPCO), el reenganche y pago de salarios caídos a favor del ciudadano Gregory José Ugas Rodríguez, por lo que resulta aplicable el criterio expuesto por la Sala Plena de este Máximo Tribunal, *siendo procedente declarar competente para conocer del caso al Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de lo Contencioso Administrativo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar*. Así se declara. (Cursivas nuestras)

Es de notar que la anterior sentencia reconoce la competencia en aras del derecho de acceso a la justicia de los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo, para conocer de los recursos contencioso administrativos de anulación sólo contra las providencias administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo que se encuentren en una zona distinta a la Región Capital.

Sin embargo, surge un conflicto de competencia en virtud de la interpretación que el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia realizó de la sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, mediante auto del 21 de abril de 2005 (Caso *Laboratorios Ponce, C.A.*), en el cual estableció expresamente que la competencia para conocer de los recursos contencioso administrativos de anulación intentados contra las providencias administrativas dictadas por la Inspectorías del Trabajo corresponderá siempre a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales en primera instancia, incluso en el caso de providencias administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo de la Región Capital, en lugar de las Cortes de lo Contencioso Administrativo. Dicho auto señala textualmente:

[...]como quiera que el presente asunto versa sobre una acción de nulidad contra la Providencia Administrativa n° 215-04, de fecha 21 de enero de 2004, dictada por la Inspectoría del Trabajo del Este del Área Metropolitana de Caracas, cuyo conocimiento, de conformidad con el fallo *parcialmente transcrito*, *corresponde a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales*; es por lo que, en acatamiento asimismo a lo establecido por esta Sala en sentencia n° 01316 de fecha 6 de abril de 2005, ordena remitir estas actuaciones al Juzgado Superior Primero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital (Distribuidor), y así se declara. (Destacado nuestro)

Ahora bien, es nuestro criterio que la sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia no le otorga la competencia exclusiva a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo, para conocer de los recursos contencioso administrativos de anulación contra las providencias administrativas de las Inspectorías del Trabajo, tal como se afirma en el auto del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Sin embargo, en vista de la confusión derivada de las anteriores sentencias, en la práctica los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo declinan su competencia en los Cortes de lo Contencioso Administrativo y las Cortes igualmente en los Juzgados Superiores, ya que ambos se consideran incompetentes, culminando dicho conflicto de competencia en el Tribunal Supremo de Justicia.

Como ejemplo del conflicto anterior, existen sentencias, tales como, la identificada con el N° 2005-466 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, del 14 de junio de 2005, (caso *PDVSA Sur Barinas*). En dicha sentencia, la Corte ordena remitir el expediente al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región de los Andes, para que asuma la competencia en virtud del siguiente argumento:

No otra cosa distinta ocurre en materia de inamovilidad laboral. El patrono, en principio goza de autonomía y libertad de empresa (aspectos desarrollados por la Constitución económica), pero, por la existencia de un interés superior en materia de la Constitución social, el Estado coloca límites precisos a la libertad de contratación: a) en materia de estabilidad general o relativa, la carga de satisfacer la reparación de un daño por despido injustificado; y b) en lo correspondiente a la estabilidad especial o inamovilidad, y dada la existencia de un interés general, el Estado prohíbe el despido, traslado o desmejora si, previamente, un órgano de la Administración pública no lo autoriza. Tal autorización es previa al acto de despido y está sujeta, como todas las habilitaciones, al cumplimiento de determinadas condiciones que, en el caso de inamovilidad, es la existencia de una causa “justificada” para el traslado o el despido.

De modo que el acto que dicta la Inspectoría del Trabajo no es más que una autorización administrativa por medio de la cual el patrono puede despedir o trasladar a una persona que ostenta una condición especial de tutela por inamovilidad.

Ello implica que tanto el procedimiento de autorización como el acto autorizatorio no es “jurisdiccional”, ni mucho menos “cuasi-jurisdiccional”, sino un clarísimo procedimiento administrativo y un verdadero acto administrativo. Esta es la razón central por la cual es imposible que los Inspectores del Trabajo puedan aplicar en el procedimiento administrativo constitutivo instituciones procesales jurisdiccionales como la confesión ficta, medidas cautelares, posiciones juradas, etc. Tal actuación se corresponde con una desviación de sus funciones y lesivas al principio de legalidad y al debido proceso administrativo. Así entonces, concluye esta Corte, que los siguientes elementos cualificantes de la situación analizada traducen como consecuencia necesaria que no sean los tribunales laborales sino los órganos competentes en lo contencioso administrativo los llamados a conocer de las pretensiones de nulidad de los actos emanados del Inspector del Trabajo:

1) Por la naturaleza administrativa del órgano: La Inspectoría del Trabajo es un órgano administrativo dependiente de la Administración pública central, y forma parte de la estructura del Ministerio del Trabajo;

2) *Por la naturaleza administrativa del procedimiento: Se trata de un verdadero procedimiento administrativo con todas las características de este tipo de procedimientos en su fase constitutiva;*

3) Por la naturaleza administrativa del acto: Se trata de una autorización administrativa por medio de la cual se le faculta al patrono a proceder a despedir o trasladar a un trabajador investido de estabilidad especial o inamovilidad. En los casos de reenganche y pago de salarios caídos, iniciado a instancia del trabajador, el procedimiento administrativo es “sancionatorio” por cuanto el patrono despidió o trasladó sin la correspondiente autorización previa por parte del Estado.

Además de ello, la pretensión de nulidad no conoce directamente de infracciones de Derecho sustantivo laboral, sino de la actuación administrativa del órgano autor del acto, es decir, el juicio de nulidad se centra en determinar si el acto administrativo cumple con los requisitos de validez de todo acto administrativo regulados éstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, o si el procedimiento administrativo fue seguido conforme a las pautas del debido proceso. Eventualmente, el juez contencioso conocerá de infracciones al Derecho sustantivo laboral a través del vicio de falso supuesto de hecho o de derecho, pero ello, es uno de los modos en que el acto impugnado pueda estar inficionado pues afecta la teoría integral de la causa de la voluntad administrativa.

... *omissis*...

Conforme a la doctrina expuesta, en la que se considera el tribunal “...que a la accionante le resulta más accesible”, esto es, en garantía del derecho de acceso a la justicia de los particulares, esta Sala Plena declara que, tratándose de un asunto acaecido fuera de la Región Capital, específicamente la providencia administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo del Estado Carabobo, mediante la cual se declaró con lugar la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos de un trabajador de la recurrente, su conocimiento corresponde a un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo Regional. Esta determinación de competencia se hace en aras al acceso a la justicia y a la celeridad de la misma, evitando así, que la persona afectada deba trasladarse a grandes distancias del sitio donde se concretó el asunto, a fin de obtener la tutela judicial efectiva. Así las cosas, y en beneficio del justiciable, esta Sala Plena declara que el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo competente es el de la Región Centro Norte del Estado Carabobo. Así se decide.

Siendo ello así, comparte esta Corte y lo asume como doctrina a seguir en lo adelante, que la competencia para conocer de las demandas de nulidad de los actos administrativos que dicten las Inspectorías del Trabajo en materia de estabilidad especial (inamovilidad laboral), serán los Juzgados Regionales de lo Contencioso Administrativo y en alzada de esta Corte de lo Contencioso Administrativo.

... *omissis* ...

De modo que entiende esta Corte que los órganos del contencioso administrativo competentes para conocer de las pretensiones de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo de todo el país corresponde a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo, incluso los ubicados en la región capital, tal como lo sostuvo el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa en reciente decisión de 21 de abril de 2005, en el caso *Laboratorios Ponce, C.A.*, en el cual se remitió el expediente al Juzgado Superior Distribuidor de la Región Capital.

Observamos que la sentencia anterior hace la remisión a un Juzgado Superior Contencioso Administrativo Regional por tratarse de una Inspectoría ubicada en una Región distinta a la del Área Metropolitana de Caracas, en la cual se encuentran las Cortes de lo

Contencioso Administrativo, confundiendo, desde nuestro punto de vista, el “derecho” de acceso a la justicia del actor en cuanto a su facultad de acudir a los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo que se encuentran ubicados en la región donde se encuentra la Inspectoría accionada, con la competencia formal para conocer de dichos recursos. Nótese que en su motiva la Corte señala que dicha remisión a los Juzgados Superior Contencioso Administrativos procede incluso en los casos de los actos dictados por inspectorías del trabajo de la Región Capital.

A pesar de lo señalado anteriormente, dicho criterio jurisprudencial ha sido confirmado por varias sentencias. Al respecto, citamos la sentencia N° 2005-490 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, del 15 de junio de 2005, (caso *Sistemas Multiplexor, S.A.*), en la cual la Corte ordena remitir el expediente al Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, el cual, al igual que los demás Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, en virtud del derecho de acceso a la justicia, en los siguientes términos:

De la sentencia parcialmente transcrita, este Órgano Jurisdiccional interpreta que los recursos contenciosos administrativo de nulidad que se intenten contra las Providencias Administrativas emanadas de las Inspectorías del Trabajo ubicadas fuera de la Región Capital, deberán ser conocidos en primera instancia por los Juzgados Superiores Contencioso Administrativo Regionales, determinación de competencia que, según la sentencia antes referida, se hace “(...) en aras al acceso a la justicia y a la celeridad de la misma, evitando así, que la persona afectada deba trasladarse a grandes distancias del sitio donde se concretó el asunto, a fin de obtener la tutela judicial efectiva”. Asimismo, y en aplicación del principio constitucional de igualdad ante la Ley, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo interpreta que dentro de esta categoría de Juzgados Superiores, deben quedar comprendidos los Juzgados Superiores de la Región Capital, así parece haberlo entendido también la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal de la República, en reciente sentencia N° 2363 del 28 de abril de 2005, en la cual se remitió el expediente al Juzgado Superior Distribuidor de la Región Capital.

La sentencia arriba trascrita declina la competencia en el Juzgado Superior Contencioso Administrativo de la Región Metropolitana de Caracas, fundamentando su decisión en el derecho constitucional de acceso a la justicia. Ahora bien, además de que dicho derecho es facultativo para el justiciable, tal como lo señalamos con anterioridad, es completamente inútil en el caso en referencia, debido a que tanto las Cortes de lo Contencioso Administrativo como los Juzgados de lo Contencioso Administrativo se encuentran ubicados en el mismo edificio.

Ahora bien, tal como lo expresamos anteriormente, en la práctica los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo, igualmente se declaran incompetentes para conocer de los recursos contencioso administrativos contra actos dictados por las inspectorías del trabajo, y ordenan remitirlos a las Cortes de lo Contencioso Administrativo por considerar que son ellas los tribunales competentes. Al respecto, el Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia el 9 de junio de 2005 (caso *Banco Mercantil, C.A. Banco Universal*), en la cual se declaró incompetente, por cuanto consideró que le corresponde conocer sobre dicho recurso a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo a las competencias residuales, y según el criterio vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Dicha sentencia textualmente señala:

A juicio de este Juzgador la sentencia que dictara la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 02 de marzo de 2005, no modifica ni contradice para nada el criterio que con carácter vinculante estableciera la Sala Constitucional de ese Máximo Tribunal en el caso *Ricardo Baroni*, por el contrario, lo que hace la Sala Plena es coincidir con el criterio que sentara la Sala Constitucional en fecha 25 de junio de 2002, en el cual estableció en un caso de amparo, que con fin de hacer más accesible la jurisdicción contenciosa administrativa a los accionantes, correspondía a los Juzgados Superiores Contenciosa Administrativos Regionales conocer de la acciones de amparo.

... *omissis* ...

Así pues, que para quien aquí decide, no existe modificación en la competencia que atribuyera el caso *Baroni* para el conocimiento de los recursos de nulidad, cuando los hechos se produzcan e la Región Capital, pues en la misma está sentado el Juez natural, esto es las Cortes de lo Contencioso Administrativo. Este orden de ideas debe concatenarse con la interpretación, según la cual, los criterios vinculantes que haya dictado la Sala Constitucional sólo pueden ser modificados por dicha Sala, ya que de entenderse lo contrario la fuerza vinculante constitucionalmente atribuida desaparecería. A esto debe aunarse el hecho cierto y objetivo de que el día 05 de abril de 2005, fecha posterior al fallo de la Sala Plena, nuevamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con Ponencia del Magistrado Francisco Carrasqueño López, ratificó nuevamente el criterio establecido en el caso *Baroni*. En este último fallo se señala con claridad -luego de transcribir el fallo Baroni- que:

...De conformidad con la doctrina vinculante anteriormente transcrita (caso *Ricardo Baroni*), es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer de aquellos recursos y acciones que se interpongan contra la administración laboral, a saber, las Inspectorías del Trabajo, incluso cuando se trate de omisiones de pronunciamiento, como es el presente caso” (Paréntesis de la fuente)

El caso se refería al conocimiento de una consulta en materia de amparo, no obstante es clara la Sala Constitucional cuando invoca el caso Baroni, para ratificar que lo allí decidido tiene carácter vinculante. De manera que lo que hace la Sala Plena es darle el mismo tratamiento de los amparos a los recursos de nulidad, en cuanto al Tribunal competente para conocerlos, pues el sacrificio para acceder a la justicia, dada las distancias, es igual en el caso de los recursos que en los amparos.

Bajo tal razonamiento este Tribunal estima que carece de la competencia para conocer del recurso de nulidad aquí interpuesto, por corresponder el mismo a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo a las competencias residuales que las mismas disponen y según el criterio vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en consecuencia se ordena remitir esta causa a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de las cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, para que aquella Corte a quien corresponda según distribución conozca de la referida causa, y así se decide.

Al igual que lo señala la sentencia anterior, consideramos que la Sala Plena no otorgó la competencia exclusiva a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo para conocer de los recursos contenciosos administrativos de anulación contra las providencias administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, más bien estableció una competencia excepcional en aras de proteger el derecho al acceso a la justicia de los accionantes, pero sin que la misma implicara que las Cortes de lo Contencioso Administrativo no son competentes para conocer de dichos recursos.

En virtud del conflicto de competencia creado, y por cuanto la mayoría de los recursos que actualmente se encuentran en las Cortes de lo Contencioso Administrativo, fueron remitidos por Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales que declinaron su competencia en virtud del criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establecido en la sentencia del 20 de noviembre de 2002 (caso *Ri-*

cardo Baroni Uzcátegui), anteriormente identificada, y en virtud de que los Juzgados Superiores igualmente se consideran incompetentes de aquellos recursos remitidos a ellos cuando los mismos se interponen directamente ante las Cortes de lo Contencioso Administrativo, dichos recursos terminan en la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia para que se defina el conflicto de competencia planteado.

Por lo tanto, es la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a lo establecido en el ordinal 7º del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la que debe resolver dicho conflicto de competencia, y determinar cuál es el tribunal competente para conocer de los recursos contenciosos administrativos de anulación en contra de los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo.

§49. LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Jorge Luis Salomoni

Presidente de la Asociación Argentina de
Derecho Administrativo

I. INTRODUCCIÓN

Como sostuve en otra oportunidad¹, resulta innegable que los juristas argentinos y latinoamericanos de estos tiempos vivimos en estado de perplejidad. Partíamos de algunos principios innegables que constituían nuestra base de sustentación, como por ejemplo, el sistema de producción normativa y de resolución de las controversias o conflictos que se suscitaban en la aplicación del derecho. El Estado, a través de sus poderes, monopolizaba tal sistema. Ello sumado a un determinado principio de jerarquía normativa, que en nuestro sistema constitucional, se reflejaba en el artículo 31 de la Carta Magna. Una de las columnas vertebrales del sistema predicaba que el casi único productor y aplicador del derecho, en un sistema jurídico como el nuestro, era el Estado a través de sus órganos constitucionalmente habilitados para ello, que implicaba, a su vez, una sujeción de los sujetos de la relación jurídica a ese ordenamiento, cuya prelación normativa estaba predefinida.²

La transformación de tales principios pueden observarse por la manifestación de distintos fenómenos³, pero en lo que aquí importa, sin darnos cuenta, sin que mediara un verdadero debate jurídico y, por qué no, social, se produjo un nuevo y extraordinario proceso, que podemos denominar de internacionalización del orden jurídico argentino, que trastocó, en un breve lapso de apenas diez o doce años, nuestro sistema.

1 SALOMONI, Jorge Luis, “La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos”, en diario *El Derecho -Administrativo-* del 28 de octubre de 2003.

2 Para una ampliación de la descripción de los tradicionales paradigmas del Estado en contraposición a los emergentes de la nueva realidad jurídica mundial, ver el excepcional estudio del Maestro Italiano CASSESE, Sabino *La crisis del Estado*, Estudio Preliminar de Jorge Luis SALOMONI, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, especialmente pp. 151 y ss.

3 Para una ampliación de los fenómenos que provocaron la crisis del Estado decimonónico, v., SALOMONI, Jorge Luis, “Sistema Jurídico, Emergencia, Conflicto de Derechos y Revisión de las Tarifas de los servicios Públicos”, en *VVAA. Emergencia Pública y Reforma del Régimen Monetario*, LORENZETTI, Ricardo Luis, Director, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 93 y ss. Esa crisis extraordinaria en la creación y en la aplicación del derecho en nuestros Estados nacionales, según CASSESE, pone en tela de juicio los paradigmas tradicionales del derecho tales como: i.- Los sujetos formaban parte de un ordenamiento jurídico que presentaba carácter de exclusividad. Los sujetos no podían elegir. El ordenamiento era un dato. ii.- El Estado se encontraba en el centro, y en posición de superioridad institucional. Podía equipararse con los particulares, pero puede retomar su superioridad. iii.- La ley asegura la medida y el control del poder público, y entonces, circunscribe exactamente sus competencias. Los particulares por el contrario reaccionan según sus propios intereses y fines, en tanto, la ley define solo aquello que a ellos es prohibido. iv.- Las relaciones entre el derecho público y el privado son determinadas y permanecen estables. (Conf., CASSESE, Sabino, en *ob., cit., La crisis...*).

Este proceso ha transformado los paradigmas sobre los cuales se asentaban nuestros ordenamientos jurídicos, nuestras instituciones, nuestra forma de observar y resolver los problemas de nuestra ciencia.

Podría sostener que la reforma Constitucional de 1994 constituye el punto de partida y de apoyo de ese proceso de internacionalización de nuestro sistema jurídico, con consecuencias aún imprevisibles.⁴

El primer eslabón de ese proceso lo constituye el establecimiento de la primacía de los tratados internacionales sobre el ordenamiento jurídico interno, como surge del artículo 75 inciso 22 primer párrafo de la Constitución reformada. Ello implicó establecer un principio que trascendió al artículo 31 de la Norma Fundamental, o de supremacía de la Constitución o jerarquía normativa. Y ello así porque se fijó definitivamente esa prelación normativa de los tratados, que complementada con los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, configura, además, una responsabilidad internacional del Estado argentino ante cualquier incumplimiento de los mismos fundado en una posible contradicción con el ordenamiento interno nacional.⁵

A su vez, la incorporación, con jerarquía constitucional, de diversos Tratados de Derechos Humanos, de acuerdo a lo prescripto por el art. 75 inciso 22, segundo párrafo, concluyó un proceso de profunda internacionalización, desplazando el monopolio de la creación y aplicación del derecho del Estado argentino, en sus diversas jurisdicciones, hacia otros organismos supraestatales, supranacionales e internacionales. Obsérvese, como un mero ejemplo, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es más el último tribunal que decide sobre el sistema de derechos fundamentales en la República Argentina, sino que se ha desplazado principalmente en uno de los subsistemas posibles, como lo es la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Luego el art. 75 inciso 24 del Congreso Nacional facultó a delegar competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, como por ejemplo en el MERCOSUR. Como colorario de tal delegación, se otorgó a las normas dictadas en su consecuencia, jerarquía superior a las leyes.

Y finalmente, resta mencionar a los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, y los conflictos suscitados y a suscitarse entre el Estado argentino -considerado *latu sensu*- y las prestadoras privadas de servicios públicos alcanzadas por esos tratados ante el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).⁶ Este constituye el tercer ámbito de internacionalización que provocó un cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico argentino. Esto es así porque el legislador y el juez nacionales han perdido la soberanía, el poder de decisión en diversos aspectos.

4 Resultará difícil al observador encontrar, en el derecho comparado, otro país que indiscriminadamente haya realizado ese fenómeno de internacionalización de su sistema jurídico, sin exigencia de reciprocidad hacia los otros Estados, y sin evaluar el verdadero impacto que tal fenómeno podría producir en el sistema de relaciones jurídicas nacidas al amparo del ordenamiento nacional, como lo hizo modélicamente la República Argentina. Por ello considero que los efectos de tal proceso son realmente imprevisibles, y espero equivocarme, probablemente negativos para el conjunto de la sociedad argentina.

5 Para una ampliación sobre el sistema de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, v., DE LA GUARDA, Ernesto, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 195 y ss.

6 La Argentina otorgó su consentimiento anticipado a la jurisdicción arbitral del CIADI. La Ley 24.353 aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptada en Washington (USA) el 18-3-65 CIADI.

Ello ocurre en el ámbito de los derechos humanos, en el ámbito de la integración y en el ámbito de las inversiones. Hay una profunda delegación o desplazamiento de esa soberanía en organismos extraconstitucionales.

Y estos tres ámbitos de internacionalización -derechos humanos, integración e inversiones- tienen en común la cesión del constituyente, del legislador y del juez nacionales de su poder de decisión en diversos aspectos. Se produjo una profunda delegación o desplazamiento de la jurisdicción argentina en organismos internacionales -considerados *latu sensu*-, que aplican a su vez, para la resolución de los conflictos que allí se discuten, como ocurre en el caso de los tratados de inversiones, otros ordenamientos jurídicos distintos al que fue la base de la relación jurídica originaria.

Restaría determinar si esta internacionalización del ordenamiento fue racionalizada en la Argentina, de manera tal de incorporarla culturalmente en nuestro discurso jurídico. Puedo afirmar que, salvo raras y parciales excepciones producidas en algunas ramas del ordenamiento no existe una racionalización o incorporación integral de esa internacionalización y su impacto en la totalidad del sistema de derecho argentino. Es más, una parte importante de la enseñanza del derecho en la República Argentina, que se realiza a través de artículos y libros de doctrina, sigue tematizando el ordenamiento argentino sin vinculación con el derecho emergente de los tratados internacionales y de la jurisprudencia dictada por los órganos supranacionales e internacionales aplicadores de esas normas, que prevalecen, por otra parte, sobre las aplicaciones realizadas por nuestros tribunales internos.

Pero cuando sostengo que no existió una racionalización del fenómeno, estoy expresando la percepción que todavía no tenemos una idea acabada del sistema jurídico positivo que se ha conformado en nuestro país. Este es, en mi opinión, uno de los problemas más serios que afrontamos los juristas. Al cual se agrega la fragmentación de la hermenéutica particular de cada rama del ordenamiento, que intenta racionalizar desde su ámbito la novedad del impacto de este ordenamiento jurídico nuevo, sin poder referenciarse a la totalidad, o sea al nuevo sistema en su conjunto.

Me propongo en este trabajo, mostrar brevemente el impacto sobre nuestros ordenamientos jurídicos de dos sistemas de resolución de conflictos internacionales que, aunque diferentes en la naturaleza de los ordenamientos jurídicos a los que se referencian, a través de tribunales arbitrales, impactan en nuestro ordenamiento jurídico interno, fundamentalmente el administrativo, a través, esta vez, de la fuerza expansiva de los principios y hermenéuticas desarrollados por esos tribunales para los casos que resuelven.

Me refiero, por un lado, al sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR, establecido tanto en el Protocolo de Brasilia de 1992 y en su derogatorio el Protocolo de Olivos de 2002, como en el Reglamento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, Decisión del Consejo del Mercado Común N° 17/98, de fecha 10 de diciembre de 1998⁷. Y por otro lado, al sistema instaurado por los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, a través del ya mencionado Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

7 También derogado por el artículo 55.1 del Protocolo de Olivos (PO). Cabe mencionar que las causas iniciadas bajo el Protocolo de Brasilia y no concluidas se registrarán por este Protocolo, así como para el caso que no se completaran los procedimientos previstos en el artículo 49 del Protocolo de Olivos (artículo 55.2 del PO)

II. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

Como es sabido, tanto el derogado Protocolo de Brasilia, como el actualmente vigente Protocolo de Olivos, establecen un similar sistema de resolución de conflictos en el MERCOSUR⁸, y que sintéticamente consiste en:

- i. Negociaciones directas;
- ii. Intervención del Grupo Mercado Común;
- iii. Procedimiento arbitral ante los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc*;
- iv. Recurso de revisión o acceso directo y en única instancia, ante el Tribunal Permanente de Revisión⁹.

Este último órgano, y su correlativa competencia, fue creado por el mencionado Protocolo de Olivos, y tiene función consultiva, a ser reglamentada por el Consejo Mercado Común, y función contenciosa, con competencia para juzgar mediante recurso de revisión del laudo emitido por el Tribunal Arbitral *Ad-Hoc*¹⁰, además de competencia para juzgar, en única instancia las acciones que le fueran interpuestas directamente por las partes, mediante acuerdo entre ellas y después del agotamiento de las negociaciones directas. Es de resaltar el salto cualitativo que significa instituir un Tribunal permanente que institucionaliza una interpretación uniforme del sistema, más allá que como se verá, los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* bajo el Protocolo de Brasilia han realizado una función semejante, al basar sus Laudos en los precedentes anteriores y constituir, así, un cuerpo uniforme de doctrina judicial.

Ahora bien, lo que aquí interesa es mostrar los principios emergentes de las decisiones arbitrales y su incidencia en el derecho administrativo nacional y local.¹¹

Para el cometido propuesto será necesario describir primeramente, a través de la transcripción de los propios Laudos, algunos aspectos establecidos por los mencionados Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* con pretensión de precedentes acumulativos y obligatorios para las distintas integraciones de los mismos, para intentar comprender el sistema de construcción del derecho comunitario que se ha pretendido realizar a través de los nueve Laudos Arbitrales hasta ahora fallados, y su impacto en el ordenamiento interno.

8 Analizaré exclusivamente el sistema de resolución de conflictos entre Estados integrantes del MERCOSUR, y entre particulares y uno o más de esos Estados. Sobre el arbitraje internacional entre particulares en el MERCOSUR, v., NOODT TAQUELA, María Blanca, *Arbitraje internacional en el MERCOSUR*, Buenos Aires, Argentina, 1999, entre otros.

9 Es de destacar que el Artículo 26 del Protocolo de Olivos "Obligatoriedad de los laudos" establece que: "1. Los laudos de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* son obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada si transcurrido el plazo previsto en el Artículo 17.1 para interponer el recurso de revisión, éste no fuere interpuesto. 2. Los laudos del Tribunal Permanente de Revisión son inapelables, obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada". Por su parte, el Artículo 27 "Obligación del cumplimiento de los laudos", establece que "Los laudos deberán ser cumplidos en la forma y con el alcance con que fueron dictados. La adopción de medidas compensatorias en los términos de este Protocolo no exime al Estado parte de su obligación de cumplir el Laudo".

10 Artículos 17 y 23 del Protocolo de Olivos.

11 "La influencia del derecho público comunitario en los derechos administrativos es doble. Por un lado, es una influencia directa, que se desarrolla a través de relaciones verticales entre la Comunidad Europea y cada derecho administrativo nacional. Por otro lado, la influencia es horizontal: el derecho comunitario crea una plataforma, que constituye un vehículo para los trasplantes de institutos de un derecho nacional a otro". (CASSESE, Sabino, "L'influenza del diritto amministrativo sui diritti amministrativi nazionali", en *Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* n° 3, Giuffrè editore, Milán, Italia, 1993, p. 329, la traducción me pertenece)

1. Construcción del sistema comunitario

A. Tipos de controversias, actividad jurisdiccional y reglas procesales

En primer lugar, resulta importante establecer el tipo de controversia y la naturaleza de la función ejercida por el Tribunal Arbitral, así como las reglas procesales aplicables emergentes de la mencionada función. Con respecto a ello se ha dicho que:

33. El Protocolo de Brasilia trata dos tipos de controversias: a) las que surgen entre los Estados Partes (Capítulo I, II, III, y IV) y b) las planteadas como consecuencia de reclamos de particulares (Capítulo V y IV).

34. En ambos casos, el texto prevé un procedimiento compuesto de tres etapas necesarias y sucesivas. La culminación de cualquiera de las dos primeras etapas no produce efectos jurídicos salvo el de habilitar la instancia siguiente. Y en ambos casos, la tercera etapa constituye un arbitraje, el que está regulado por las mismas disposiciones.

35. *Lo precedentemente expuesto merece ser destacado por cuanto evidencia que el ejercicio de la función jurisdiccional es propio y específico tan solo de la etapa arbitral.* En cambio, no se encuentra presente en las etapas previas.

36. En lo que refiere específicamente a los procedimientos para la solución de controversias promovidos a impulso de particulares -como ocurre en la especie- estos deberán aportar a la Sección Nacional correspondiente elementos de juicio que le permitan comprobar la verosimilitud de la violación del orden jurídico aplicable, así como la existencia o amenaza de perjuicio.

37. Al respecto, dispone el num. 1 del art. 26 del Protocolo de Brasilia que “Los particulares afectados formalizarán los reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios”. Agrega el num. 2 de la misma norma que “Los particulares deberán aportar elementos que permitan a la referida Sección Nacional determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio”.

38. Del claro tenor de la disposición precedentemente transcrita se desprende que la Sección Nacional analiza lo que en el Derecho procesal se llama el “*fumus bonis juris*” es decir, en qué elementos se apoya la verosimilitud del derecho que pueda asistir al particular concretamente en el caso planteado y su perjuicio. Claramente, se está en una etapa en la cual todavía no ha entrado a funcionar el procedimiento arbitral; su único efecto es -en caso de que la valoración de la Sección Nacional sea positiva- habilitar el paso a la etapa siguiente. Superadas favorablemente las etapas previas, recién se ingresa al procedimiento arbitral, de naturaleza jurisdiccional.

39. De acuerdo con el art. 25 del Protocolo de Brasilia, el procedimiento previsto a impulso de los particulares, tiene lugar únicamente con motivo de la “sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común o de las Resoluciones del Grupo Mercado Común”. El Protocolo de Ouro Preto agrega a este artículo las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (art. 43. párrafo único).

40. *En el marco del proceso arbitral propiamente dicho rigen las reglas y principios generales en materia jurisdiccional, razón por la cual deberán probarse las afirmaciones que las partes realizan.* Tal como ocurre en los Derechos Procesales Internos, la acreditación previa que pueda haberse realizado en procesos previos o cautelares, no exonera de la prueba debida a ser rendida en el proceso principal.

41. A juicio del Tribunal, en consecuencia, no basta que se alegue la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal contra el sistema normativo del MERCOSUR, sino que es necesario además que los Estados Partes prueben la existencia o amenaza de un perjuicio derivado de dicha violación.

42. A los efectos de la resolución de la controversia, el Tribunal habrá de considerar y valorar la prueba ofrecida por las partes en el presente procedimiento de acuerdo con las reglas de la sana crítica y con las Reglas de Procedimiento adoptadas por el mismo.¹²

Cabe destacar que los principios establecidos son aplicables *in totum* al Protocolo de Olivos de estructura semejante al analizado Protocolo de Brasilia.

B. Definición de Controversia a través de una interpretación integrativa del derecho internacional

En segundo lugar, el Tribunal ha establecido una definición de controversia a los efectos de incentivar su actuación. Pero es importante remarcar que tal definición no pudo ser hallada en el cuerpo normativo del MERCOSUR, razón por la cual se construyó a través de una integración, a ese cuerpo, del derecho internacional:

En orden a considerar la cuestión preliminar presentada por Argentina, el Tribunal entiende que en primer lugar deberá definir qué es una “controversia” dentro del ordenamiento jurídico del MERCOSUR. Sobre el particular el Tribunal evaluó tanto el contenido de los acuerdos primarios, como el de las decisiones y resoluciones del sistema MERCOSUR con el objeto de encontrar una definición adecuada de “controversia”. El Tribunal llegó a la conclusión de que tal definición no existe en el Tratado de Asunción, ni en el derecho derivado de ese Tratado. El Tribunal entonces se basó para lograr una definición apropiada de “controversia” en el Artículo 19 del Protocolo de Brasilia que establece que:

“El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia.”

Así es que el Tribunal se ve compelido a buscar una definición de “controversia” fuera del marco regulatorio expreso del MERCOSUR pero dentro del contexto general de los principios y disposiciones aplicables del derecho internacional aplicables a toda controversia surgida en el ámbito del MERCOSUR.

En este sentido el Tribunal encuentra que la Corte Permanente de Justicia Internacional (“CPJI”) en el caso *Mavrommatis* sostuvo que una controversia es “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes”. Esta noción de “controversia” fue reiterada por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en los casos *Camerún Septentrional*, en el caso sobre la Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la Sección 21 del Acuerdo del 26 de junio de 1947 relativo a la Sede de la ONU, y en el caso del Timor Oriental. Asimismo la CIJ en el caso del Africa Sudoccidental también sostuvo que para determinar la existencia de una controversia hay que demostrar que el reclamo de una de las partes se opone positivamente al de la otra. Por su parte, El Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento (“Banco Mundial”), siguiendo una clara práctica consuetudinaria en materia de arbitrajes internacionales, al referirse a qué es una controversia internacional expresó que es aquella concerniente a la existencia o no de un derecho o de una obligación.

¹² Laudo n° II, constituido para entender en la reclamación de la Republica Argentina al Brasil, *sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo*, de fecha 27 de septiembre de 1999

En consecuencia de la aplicación de los principios del derecho internacional para determinar la existencia de una controversia, como fueran expresados en los precedentes antes citados, *el Tribunal entiende que, en el presente caso la reclamación de Brasil y la respuesta de Argentina se refieren a la existencia o no de un derecho o de una obligación; que el reclamo de una de las partes se opone positivamente al de la otra y que existe un desacuerdo sobre un punto de derecho, es decir un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes relativo a la licitud o no de la Resolución 861/99 del Ministerio de Economía de Argentina con relación a la normativa MERCOSUR.*¹³

C. Marco Jurídico aplicable

El Tribunal Arbitral ha establecido claramente el ordenamiento jurídico aplicable y remarcando un enfoque teleológico y reafirmando una hermenéutica integradora del derecho internacional, como se vio precedentemente. En esta ocasión sostuvo que:

53. El Protocolo de Brasilia enuncia las fuentes normativas del Mercosur, disponiendo en su artículo 19: “El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, así como también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia”. Dicha enumeración consagra un Derecho originario constituido por las normas de los tratados y sus anexos y los acuerdos entre los Estados y un derecho derivado formado por las Decisiones del Consejo del Mercado Común y las Resoluciones del Grupo Mercado Común.

54. El Protocolo de Ouro Preto agregó como fuente normativa del Mercosur las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (art. 41). Dicho Tratado esclarece que las normas emanadas de los órganos del Mercosur (Consejo del Mercado Común, Grupo Mercado Común y Comisión de Comercio del Mercosur) “tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país (art. 42).

55. La circunstancia de que determinadas normas requieran de implementación posterior no significa que las mismas carezcan de todo valor, sino que los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación así como el cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios. Cabe a este respecto recoger la perspectiva finalista del proceso de integración del MERCOSUR reafirmada en el Laudo del Tribunal Arbitral *ad-hoc* (de fecha 28 de abril de 1999, núm. 57), el cual destaca que: “El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos o mecanismos de integración. A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en algunos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye un marco, una estructura, para desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la valoración teleológica de las obligaciones y de las actividades ocupa un lugar central so pena de perder todo sentido”; y núm. 65 que dice: “...De esta manera, la liberación comercial, escollo tradicional de los intentos anteriores de integración latinoamericana, se constituiría en la masa crítica necesaria para impulsar las demás acciones hacia el Mercado Común, quebrando la tradicional línea de resistencia a los esfuerzos anteriores de integración.

13 Laudo n° III, relativo a la controversia entre la República Federativa del Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre “*APLICACIÓN DE MEDIDAS DE SALVAGUARDIA SOBRE PRODUCTOS TEXTILES (RES. 861/99) DEL MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS*”, de fecha 10 de marzo de 2000

Esta es la convicción común de todos los Estados Miembros del Mercosur, como lo han manifestado las Partes durante el proceso.

56. La aplicabilidad de las normas y fines del Tratado de Asunción debe realizarse además, desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el derecho internacional. Conviene recordar que el Protocolo de Brasilia expresamente consagra como fuente normativa del MERCOSUR “los principios y disposiciones del derecho internacional aplicable en la materia” (art. 19). Dicha referencia cobra especial relevancia en un proceso de integración en formación y en pleno proceso de profundización, el cual requiere una constante elaboración normativa interna y coordinación de las políticas del bloque con las normas que rigen el comercio internacional.

57. En un nivel más amplio que el regional, las relaciones comerciales internacionales se rigen por las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En éste ámbito, las restricciones al otorgamiento de subsidios a la exportación están reguladas por el Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASMC). En el seno de la OMC se insertan las reglas de ALADI y en un círculo más interno, las normas del MERCOSUR. Todas estas normas pretenden asegurar condiciones de libre comercio que caracterizan y dan sustento a un proceso de integración.

58. En el ámbito regional, dentro del elenco de fuentes normativas aplicables al caso, adquiere especial relevancia el análisis de la Decisión del Consejo Mercado Común N° 10/94, sobre Armonización para la Aplicación y Utilización de Incentivos a las Exportaciones por parte de los Países Integrantes del MERCOSUR, en la medida que se trata de una Decisión emanada de un órgano con supremacía institucional y jerárquica dentro de la organización del MERCOSUR, que contiene disposiciones sobre restricciones a los incentivos a las exportaciones.¹⁴

D. Principios rectores de la integración

El Tribunal Arbitral ha establecido, también, tanto los principios generales de un sistema jurídico de integración como los principios generales del derecho, aplicables prioritariamente para la resolución de los conflictos que se suscitan. Entre los primeros incluyó a los principios de Proporcionalidad, de Limitación de la Reserva de Soberanía, de Razonabilidad y de Previsibilidad Comercial. Entre los principios generales del derecho invocó la teoría del Acto Propio o Estoppel. Dijo el Tribunal:

Respecto a la eliminación de restricciones según la normativa fundacional del MERCOSUR, el Artículo 1 del Tratado de Asunción expresa que, “...Este Mercado Común implica - La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente....”

De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 2, b) del Anexo I al Tratado de Asunción, se entenderá por “restricciones”, cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco....”

La prohibición de imposición de restricciones o “medidas de efecto equivalente” en el MERCOSUR posee un carácter absoluto, o sea, no puede ser empleada por un Estado miembro aunque la “medida” no se destine a la discriminación del producto extranjero. Ese tipo de norma es esencial en un sistema de integración regional

14 Laudo n° II, constituido para entender en la reclamación de la Republica Argentina al Brasil, *sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo*, de fecha 27 de septiembre de 1999.

Todas las restricciones y medidas de efecto equivalente constituyen barreras y obstrucciones al comercio y son incompatibles con el libre comercio y la formación de un mercado común.

c. Principios generales en materia de integración.

Una cuestión importante para los Estados es la compatibilidad entre el libre comercio y las normas internas de comercialización de productos. Frente a esta problemática los Estados deben siempre tener presente que las *razones invocadas por las autoridades nacionales, aunque relevantes, están sujetas al principio de la proporcionalidad, o sea, por la lógica del proceso de integración no se admiten trabas al comercio para la protección de bienes que podría ser obtenida por medios menos restrictivos*, como por ejemplo, informar al consumidor acerca del producto que está comprando, sus especificidades y cualidades.

Otro tema fundamental de la lógica integracionista es el que se refiere a la existencia de una reserva de soberanía que permite a los Estados Miembros del MERCOSUR la imposición de barreras por decisión unilateral. Sin embargo en el presente caso no está en juego la aplicación de una reserva de soberanía en razón de que el Tratado de Asunción limita las causales de reserva a las situaciones previstas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980.¹⁵

Otro principio que debe tenerse en cuenta es el de la razonabilidad, vale decir que las acciones de las autoridades de los Estados Miembros no pueden exceder el margen de lo necesario para alcanzar los objetivos propuestos. En otras palabras, esas acciones no pueden ser arbitrarias y no pueden violentar los principios de la libre circulación. El principio de la razonabilidad debe orientar las acciones de los Estados pues en aquél están incorporados la seguridad jurídica del proceso de integración, la garantía de los valores protegidos por los Tratados fundacionales del MERCOSUR, así como la prudencia, la causalidad y la proporcionalidad ya referida.

El “principio de la previsibilidad comercial” también se impone en este caso. La certeza jurídica, claridad y objetividad son condiciones imprescindibles y reglas generales para las actividades comerciales de los Estados Miembros y son elementos esenciales para la confianza en el mercado común.

Para el Tribunal, los principios aquí referidos de la “proporcionalidad”, “limitación de la reserva de soberanía”, “razonabilidad” y de la “previsibilidad comercial” dan fundamento al Mercado Común del Sur. Son elementos esenciales de la cooperación entre los Estados Miembros, de la reciprocidad en condiciones de igualdad, del equilibrio entre las ventajas y obligaciones que derivan de la integración y de la formación gradual del mercado compartido...

c. Los principios Generales de Derecho: el estoppel.

La Portaria n° 8/00 contradice asimismo principios generales del derecho internacional, mentados en el Protocolo de Brasilia (artículo 19) como fuente de derecho aplicable por los Tribunales Arbitrales para la solución de controversias...

Para el Tribunal la definición generalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia internacional expresa, de acuerdo al Segundo Informe sobre los Actos Unilaterales de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que el estoppel y, por consiguiente, el carácter obligatorio de las declaraciones de un Estado que le obligan a respetar una conducta determinada, tiene como base actos secundarios de un tercer Estado y consecuencias

15 Artículo 50. Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la: a) Protección de la moralidad pública; b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad; c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares; d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales; e) Importación y exportación de oro y plata metálicos; f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.

perjudiciales que resultarían de un cambio de actitud del Estado que creó la expectativa en el otro Estado. (Conf. “Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États” (www.un.org/law/ilc/sessions/51/french/500.pdf). Genève, 1999).

Aún en el marco de las opiniones doctrinarias citadas por la Reclamada, el Tribunal entiende que la señalada concurrencia de elementos contestes -tráfico comercial, declaraciones oficiales, a más de los concordantes actos concluyentes de órganos del Estado justifican la invocación del principio del estoppel que realiza la Parte Reclamada. Pero debe señalarse que, a su juicio, el hecho de que la cuestión en debate se plantee en el seno de un proceso de integración como el que el MERCOSUR se propone realizar, debe facilitar la aplicación de los principios jurídicos que protegen la confianza y por consiguiente vedan el *venire contra factum proprium*.

La aplicación de la teoría del acto propio a las relaciones entre Estados vinculados por tratados de integración económica como los que constituyen y desarrollan el MERCOSUR, no puede hacer abstracción de la especial relación que tales tratados crean entre sus signatarios. La existencia de esta relación básica, constituida por un tratado y desarrollada luego a través de los años por otros actos jurídicos así como por actividades comerciales y productivas, debe ser tenida en cuenta *al considerarse la posibilidad de aplicar a una situación particular, la teoría del acto propio o estoppel, a efectos de asegurar la subsistencia de un flujo comercial preexistente a normativas internas que pretenden restringir o frustrar ese flujo.*¹⁶

E. No aplicación de la excepción de incumplimiento

Resulta muy importante este Laudo con relación a la construcción del derecho comunitario, ya que establece la prohibición de la utilización de la excepción de incumplimiento, aún cuando no se haya alcanzado un derecho comunitario pleno. En palabras del propio Tribunal:

65. Así pues, el Protocolo de Brasilia se adoptó no sólo para dar, sin más, cumplimiento formal a lo dispuesto en el artículo 3 y en el Anexo III del Tratado de Asunción, sino en el convencimiento de que el mismo serviría para fortalecer las relaciones entre las Partes basadas en la justicia y la equidad, así como en la reciprocidad entendida desde la lealtad hacia el sistema de integración. No es preciso, en consecuencia, que estemos ante un “derecho comunitario pleno” para excluir el mecanismo de autotutela del ordenamiento jurídico del MERCOSUR (y no otra cosa es, en última instancia, la *exceptio non adimpleti contractus*). Antes al contrario, basta para su exclusión con que los Estados Partes hayan previsto, como es el caso del MERCOSUR, un marco específico para solucionar sus controversias, que supedita la adopción de medidas de represalia al incumplimiento del correspondiente laudo; marco específico que, junto con el sistema visto en su conjunto desde el mencionado prisma de la lealtad hacia la propia estructura regional y hacia todos los Estados Partes, se vería igualmente defraudado si se permitiera amparar incumplimientos propios en incumplimientos ajenos por la vía de la *exceptio non adimpleti contractus*.¹⁷

16 Laudo n° VI, relativo a la controversia entre la República Oriental del Uruguay (Parte Reclamante) y la República Federativa de Brasil (Parte Reclamada) sobre “*Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay*”, de fecha 9 de enero de 2002.

17 Laudo n° IX relativo a la controversia entre la República Argentina (Parte Reclamante) y la República Oriental del Uruguay (Parte Reclamada), sobre “*Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de Lana otorgado por Uruguay establecido por la Ley 13.695/68 y Decretos complementarios con la Normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona*”, de fecha 4 de marzo de 2003.

2. Impacto del sistema en el derecho administrativo nacional

A. La obligación de incorporación del derecho derivado. El concepto de obligatoriedad para los Estados. Responsabilidad Internacional

El primer caso de impacto pleno en el derecho administrativo de la normativa comunitaria y de las decisiones arbitrales lo constituye el establecimiento del principio de la obligatoriedad, por parte de los Estados miembros, de la incorporación del derecho derivado, esto es, el producido por los órganos comunitarios, y la consecuencia de tal incumplimiento. Surge evidente una limitación, en lo que aquí interesa, de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo y su entramado orgánico. No obstante ello, este Laudo puede también formar parte del bloque anterior, ya que el mismo integra o constituye un eslabón más del proceso constructor del sistema comunitario. El Tribunal ha sostenido que:

7.1. El art. 40 del Protocolo de Ouro Preto (en adelante el POP), complementado por el art. 38 del mismo cuerpo normativo, establece claramente la obligación de los Estados Partes de incorporar la normativa MERCOSUR a sus respectivos derechos internos.

7.2. El art. 40 del POP dispone en su literal i) que “Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur”.

Por su parte, el art. 38 del POP dispone que “Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo”.

7.3. La obligación de incorporación establecida en los artículos 38 y 40 del POP surge como consecuencia de la no aplicación directa en los Estados Partes de la normativa MERCOSUR, distinguiendo el Protocolo de Ouro Preto entre las nociones de obligatoriedad y vigencia de las normas que componen el derecho derivado en el MERCOSUR.

7.4. En efecto, el art. 42 del POP establece que “Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos en la legislación de cada país”.

7.5. No obstante la obligatoriedad de la normativa Mercosur desde su perfeccionamiento por el consenso de los Estados Partes, la vigencia de las mismas es postergada hasta la efectiva incorporación de dicha normativa al derecho interno de cada uno de los Estados Partes, en los casos que esto es necesario.

7.6. Así lo ha entendido la Jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* en el MERCOSUR expresando que “el régimen resultante, sin embargo no es incoherente ni contradictorio sino que responde al concepto llamado en doctrina “de vigencia simultánea” -por oposición a la aplicación inmediata- en el cual se conjugan y armonizan las diversas disposiciones del POP al respecto en un sistema en el cual las normas son obligatorias para los EPM desde su aprobación pero la vigencia sólo se produce simultáneamente para todos los EPM cuando todos ellos han dado cumplimiento al procedimiento del art. 40” (Laudo Arbitral en la controversia sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”, Considerando 116).

7.7. En este sentido, mientras las normas son obligatorias para los Estados Partes, no obstante no haber entrado en vigencia simultánea, la obligatoriedad de las mismas genera como consecuencia el nacimiento de una obligación de hacer, la de incorporar al derecho interno dicha normativa, y una obligación de no hacer, la de no adoptar medidas que por “su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada” (Laudo Arbitral *cit.*, Considerando 117).

7.8. *La obligación de incorporar la normativa MERCOSUR a los derechos internos de los Estados Partes constituye una obligación de hacer que compromete la responsabilidad internacional de los Estados en caso de no cumplimiento.* En este sentido la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* del MERCOSUR ha establecido que “dada la naturaleza intergubernamental del Mercosur y la ausencia de aplicación directa de su normativa nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumpliendo aparece responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido” (Laudo Arbitral *cit.*, Considerando 117).¹⁸

B. Naturaleza del Laudo Arbitral: Facultad revocatoria del Tribunal de actos administrativos nacionales ante determinados supuestos

Resulta indudable que el caso que analizaré seguidamente constituye una innovación tanto en el sistema jurisdiccional como administrativo, sobre la cual no puedo aventurar si se consolidará en el tiempo o será revisada por el nuevo sistema del Protocolo de Olivos, a través del Tribunal Permanente de Revisión.

En efecto, por el Laudo Arbitral N° V el Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* revocó la Resolución de la República Argentina comunicada con fecha 23 de enero de 2001, por la cual se aplicó el tratamiento extrazona a las mercaderías exportadas por la empresa MOTOCICLO S. A. por ser violatoria de la normativa del MERCOSUR. Ante el pedido de aclaratoria solicitado por la República Argentina que sostuvo que el declarar la revocatoria de una resolución argentina se ha arrogado el Tribunal una facultad que no le corresponde, éste dijo:

Ese insoslayable respeto a la capacidad soberana de los Estados para dictar sus propias normas en los términos delimitados por el Tratado de Asunción, *no obsta para que el Tribunal Arbitral haya considerado que el acto específico de la Administración Aduanera Argentina de 23 de enero de 2001 debía y debe ser revocado dejándolo sin valor ni efecto. En primer lugar porque no se trata de un acto normativo, como parece apuntar el escrito de aclaración de la REPÚBLICA ARGENTINA, sino de un mero acto aplicativo de unas normas concretas y específicas cuya validez queda respetada.*

El Tribunal Arbitral ha entendido y entiende que en la Resolución que se revoca se dan ingredientes de ilicitud que sólo pueden conducir a su referida revocación. *En primer lugar se trata de un acto administrativo sin valor generalizador ni rango normativo. En segundo lugar, es un acto individualizado que a juicio del Tribunal Arbitral ni pudo ni debió nacer a la vida jurídica.*¹⁹

18 Laudo n° VII, relativo a la controversia entre la República Argentina (Parte Reclamante) y la República federativa de Brasil (Parte Reclamada) sobre “*Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las Resoluciones GMC n° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR*”, de fecha 19 de abril de 2002.

19 Laudo Arbitral n° V: controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “*Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo*”, de fecha 29-09-2001 y su Aclaratoria.

En la interpretación del Tribunal, entonces, si tratara de un acto normativo en la denominación empleada, esto es, un reglamento o una ley, habría una limitación jurisdiccional que impediría la revocación *per se* del acto. En ese caso obligaría, a la Administración Pública de que se trate, a la revocación en su sede del acto declarado contrario al ordenamiento comunitario. Ahora bien, si se tratara de un acto de aplicación para un caso concreto, es decir, un acto administrativo en sentido estricto, en nuestra terminología, el Tribunal tiene facultades derogatorias del mismo. Pero continua:

El órgano que lo adoptó lo hizo prescindiendo de cauces procesales específicamente aplicables; con extensión indebida de su materia respecto de aquella que permitió la iniciación del proceso revisorio del Certificado de origen; y con un resultado ciertamente contrario a lo establecido en el art. 1 del Tratado de Asunción cuando en él se establece que el MERCADO COMÚN DEL SUR implica “la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los Países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente”. Esa contravención de tal principio se produce directamente en el acto que el Tribunal Arbitral revoca en una doble dirección, puesto que a la vez se declara que a la totalidad de “las mercaderías exportadas por Motociclo S.A. les corresponde el tratamiento arancelario de extrazona”; y al propio tiempo se desencadenan efectos punitivos para la firma exportadora y se propone su extensión para la entidad certificante.²⁰

Resulta claro también que el Tribunal detecta tres vicios en la resolución revocada: en el procedimiento, en el objeto y materia y en la legalidad. Por lo tanto realiza un juicio de legalidad del acto sin norma procedimental administrativa alguna que sustente ese juicio. Al igual que en los albores de nuestro derecho administrativo, la creación jurisprudencial determina el procedimiento y configura el acto y sus vicios. Ahora bien, estos vicios traen aparejada, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo y en la concepción del Tribunal, la nulidad del mismo. La revocación es la extinción del acto por la propia Administración Pública, a través del propio órgano emisor o del superior jerárquico. Pero el órgano jurisdiccional ¿puede revocar el acto o debe declarar la nulidad? En mi opinión debió haber declarado la nulidad del acto. Posteriormente fundamenta su posición en los siguientes términos:

Estos datos de antijuricidad conducen necesariamente a la revocación de un acto de tales características. Ha de atenderse a los parámetros básicos de cualquier sistema punitivo, y a la necesidad de preservar el ordenamiento jurídico MERCOSUR ante una decisión individualizada, un acto administrativo específico, que contraviene directa y palmariamente un principio básico del Tratado de Asunción como es la libre circulación de mercancías.

La creación del orden jurídico MERCOSUR, en los términos y con el alcance que se reflejan en el Fundamento 3.1 del Laudo requiere de un instrumento de protección que queda deferido a los Tribunales Arbitrales “ad hoc” cuando los conflictos toman estado litigioso. Ello requiere de la eficacia directa de las resoluciones como la adoptada en el párrafo 1º de la parte dispositiva del Laudo, única forma de hacer efectivo el pronunciamiento jurídico en el caso concreto preservando el valor de la seguridad jurídica ante una perturbación directa del ordenamiento derivada de una decisión individualizada.

²⁰ Laudo Arbitral n° V: controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo”, de fecha 29-09-2001 y su Aclaratoria.

El Tribunal Arbitral ha dejado a salvo, y así se ha especificado en el Laudo, no sólo la capacidad normativa de los Estados, sino también la específica posibilidad de que la REPÚBLICA ARGENTINA pueda cuestionar futuros Certificados de origen por medio de los procedimientos de verificación establecidos en el Reglamento de origen MERCOSUR.²¹

Como dato importante cabe resaltar que el Tribunal se constituyó en creador del ordenamiento jurídico del MERCOSUR, a través de la utilización de diversas técnicas que puede elegir, no excluyendo, en principio ninguna. Caso palpable es la revocación de un acto administrativo emitido por una autoridad pública nacional:

En supuestos como el presente no resulta fácilmente extrapolable la sistemática de revisión jurisdiccional generada en el ámbito de la Unión Europea.

En primer lugar, en la Unión Europea se desarrolló desde su inicio un sistema jurisdiccional articulado sobre distintas estirpes de recursos, en un extenso abanico de mecanismos contenciosos que va desde los recursos por incumplimiento, a los de reenvío prejudicial, los de anulación, los de responsabilidad y los de consulta. *En el ámbito Mercosur la función jurisdiccional para los conflictos se atribuye a Tribunal Arbitrales "ad hoc" de manera muy genérica y sin especificar la naturaleza de los conflictos entre Estados, separando sólo en capítulo aparte los reclamos de particulares; y, desde luego, sin delimitar si los Laudos han de tener valor meramente declarativo o de plena jurisdicción.*

El Protocolo de Brasilia, que en virtud de su art. 33 forma parte integrante del Tratado de Asunción, establece como contenido de "los procedimientos de solución establecidos en el presente Protocolo"...."la interpretación, aplicación o incumplimiento..." (art. 1 del Protocolo de Brasilia). El art. 8 consagra la obligatoriedad, "*ipso facto*" y sin necesidad de acuerdo especial de la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las Controversias. El art. 19.1 faculta al Tribunal para decidir la Controversia en base a los elementos normativos que allí se citan, pero, como se ha dicho, sin determinar el carácter declarativo o de plena jurisdicción que hayan de tener los laudos. Y es lógico que así sea dada la muy diversa naturaleza de los conflictos posibles. *Esa diferente configuración permite concebir la existencia de laudos declarativos para los supuestos en que las características de la infracción (por ejemplo, si se deriva de una norma o reglamento nacional) requiera de un nuevo acto normativo del Estado infractor para su corrección; lo que no obsta a que cuando se trate de un acto aplicativo individualizado pueda resolverse en plenitud de jurisdicción como en este caso ha hecho el Tribunal Arbitral dando así relevancia al efecto directo del derecho Mercosur pronunciado individualizadamente a través del Laudo.*

El precedente del caso Humblet que cita la representación Argentina tiene un valor histórico no trasladable al caso aquí contemplado. De un lado, porque su propia antigüedad (1960) y la materia de referencia (Tratado CECA) difícilmente le darían virtualidad al supuesto estudiado. Y sobre todo porque como señaló Pescatore ya en 1981, la doctrina del efecto directo de las Normas Comunitarias es posterior al año 1960 y el Tribunal de Justicia ha ido progresivamente confiando un alcance cada vez más amplio a ese principio, transformando, como escribió Plouvier en 1975, "vías inicialmente platónicas" en un medio cada vez más eficaz que permite obtener una aplicación máxima del derecho comunitario.

Esa trayectoria concerniente al ámbito europeo ha de recorrerse en Mercosur de la manera peculiar que sus características exigen; pues no existiendo sino una sola clase de litigios entre Estados, los laudos deben adoptar la forma, bien declarativa, bien de plena jurisdicción, según requiera cada supuesto controvertido. En el caso presente, el Tribunal Arbitral entendió y entiende que lo más coherente con el ordenamiento jurídico Mercosur es la revocación del acto concreto y

21 Laudo Arbitral nº V: controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo", de fecha 29-09-2001 y su Aclaratoria.

el mantenimiento de los bloques normativos concernidos. *Esa doble decisión mantiene a la vez la primacía y el efecto directo del ordenamiento Mercosur, y la soberanía -a efectos normativos- de los Estados parte.*²²

Según el Tribunal Arbitral entonces, la función jurisdiccional a él atribuida en forma muy genérica puede manifestarse en Laudos declarativos, o como los denomina, de plena jurisdicción. Y ello porque no se especifica, en las normas aplicables, la diferente naturaleza de los conflictos entre los Estados Partes. Es decir, al existir más de una clase de litigios, los Laudos pueden tener diversa naturaleza, según el caso.

C. Nuevos supuestos de la desviación de poder como vicio en la actuación administrativa. La incorporación del principio de moralidad en el procedimiento administrativo

El Laudo Arbitral en análisis, resulta muy importante para el derecho administrativo argentino, y por supuesto para todos los ordenamientos administrativos de los otros países integrantes del MERCOSUR.

En primer lugar, eleva a principio comunitario el vicio de desviación como causal de nulidad de los actos administrativos. En segundo lugar, establece como se verá, un nuevo supuesto de desviación de poder que no fue receptada jurisprudencialmente hasta estos días en nuestro país. Y finalmente, incorpora típicamente un nuevo principio en el procedimiento administrativo, denominado ‘de Moralidad’. Obsérvese, pues, la novedad:

161). Consecuentemente, la utilización del régimen antidumping debe buscar la finalidad prevista por la norma, lo que descarta su utilización para disimular o encubrir la obtención de otros fines que atentan contra la facilitación del comercio. Lo contrario constituiría una “desviación de poder” que viciaría el acto (Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, parágrafo 280, Montevideo, 1963, pp. 449, 450; Junior, Cretella, *Direito Administrativo do Brasil*, Tomo 3, pp. 175/176; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1966, parágrafo 414, p 344).

162) La desviación de poder, es decir, la violación de la finalidad legal, trasunta un contenido subjetivo o psicológico, caracterizado por la voluntad generalmente encubierta o disimulada, de lograr determinado fin (Marienhof, Miguel S., en su *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II p. 537, con citas de: Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, p. 217; Sarría, *Teoría del recurso contencioso administrativo*, p. 188; Waline, *Droit Administratif*, p. 480, París 1963; y Prat, *De la desviación de poder*, p. 371).

163) Ocurre desviación de poder cuando el agente estatal se vale de una competencia para alcanzar una finalidad no contemplada por la norma que la instituye. De esto resulta una incongruencia entre la norma y el acto, o sea, el agente se sirve de un acto para satisfacer una finalidad ajena a la naturaleza del acto utilizado (Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, Sao Paulo 1993, p. 186). En la desviación de poder, el comportamiento del agente, orientado por un móvil viciado, esta en desacuerdo con la finalidad normativa. Son modalidades de la desviación de poder:

a) no perseguir el interés público por la violación del principio de impersonalidad: el acto tiene en mira intereses personales, del agente o de terceros;

²² Laudo Arbitral nº V: controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “*Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo*”, de fecha 29-09-2001 y su Aclaratoria.

b) perseguir un fin de interés público, pero extraño a la categoría de intereses pertinentes a la competencia; pues el acto se vale de una vía jurídica para alcanzar fines públicos que deberían ser implementados por otra vía jurídica (Vedel, Georges, *Droit Administratif*, Tercera Edición, PUF, París, 1964, pp. 458 y 462).

c) violar un principio de razonabilidad:

- o porque la medida establecida era prevista, pero el motivo falso o inidóneo;

- o porque la medida establecida era prevista y necesaria, pero inadecuada a los objetivos jurídicos (vía impropia);

- o porque la medida establecida, aunque prevista, necesaria y adecuada, es desproporcionada de acuerdo al fin que se desea alcanzar (exceso).

164) En cuanto al motivo indicado precedentemente se señala que el mismo constituye el presupuesto material que autoriza y exige la práctica del acto administrativo; es pues, una situación empírica, externa y previa, pudiendo estar prevista en la norma o no. Si está prevista, se habla de previsión abstracta de una situación de hecho, la cual debería ser tomada en cuenta por el acto ante una situación material concreta. Esencial para la desviación de poder en todas sus modalidades es el móvil. Del motivo (situación objetiva y externa al agente) se distingue el móvil, esto es, la representación subjetiva e interna del agente, básica para el examen de la intención. El móvil es relevante para la apreciación de la desviación de la finalidad, sobre todo en los aspectos referidos al ámbito de discrecionalidad del acto, aspectos que, en virtud del modo en que la norma regula la materia, exigen que el agente pondere las circunstancias del caso en cuanto a la mejor manera de atender a la finalidad normativa.

165) En cuanto a la finalidad, se entiende por tal el tratamiento del bien jurídico objetivado por el acto. Si hay conformidad con la finalidad normativa, el acto es correcto; si estuviera en disconformidad ocurre la desviación. Así, no se puede buscar a través de un acto la protección del bien jurídico cuya satisfacción debería ser obtenida por otro acto o categoría de acto: cada acto tiene la finalidad señalada por la norma que la concibe. Como dice García de Enterría, Eduardo y Fernández, Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Octava Edición, tomo I, Civitas, Madrid, 1998, p. 458): “los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad, son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo, ciega la fuente de su legitimidad”.

166) Cuando se dice que la administración se obliga a la finalidad se está significando que ella se subordina al principio de la finalidad. No se trata de una consecuencia de la legalidad, pues es más, se trata de algo que es inherente a la legalidad: es la exigencia de cumplir la ley tal cual ella es. Por eso la desviación de la finalidad viola la ley de modo peculiar: aunque obedezca a su forma, la desviación de poder burla la ley so pretexto de cumplirla.

En este sentido, la actividad administrativa esta vinculada a un fin ajeno a la persona y a los intereses particulares del agente o del órgano que la ejerce. *Y la desviación de poder ocurre no solamente cuando la actuación administrativa es extraña a cualquier finalidad publica, sino también cuando “el fin perseguido, si bien es de interés público no es el fin que la ley señala para aquel acto”* (Rivero, Jean, *Droit Administratif*, Segunda Edición, Dalloz, Paris, 1962, pp. 225 a 260).

Resulta claro que agrega o positiviza un nuevo supuesto de desviación de poder, no utilizado, como se dijo, por la jurisprudencia nacional. Este supuesto transformado en principio comunitario podría ser invocado por cualquier particular argentino ante nuestros tribunales:

*Respecto de la desviación de poder debe tenerse en cuenta el principio de moralidad. Según los cánones de la lealtad y de la buena fe, la administración debe proceder en relación con los administrados con sinceridad y llaneza, siéndole prohibida cualquier conducta maliciosa tendiente a confundir o minimizar sus derechos.*²³

Esto es, se positiviza el principio de Moralidad en el procedimiento administrativo argentino.

Y continúa en la aclaratoria al Laudo:

III. La desviación de poder se refiere precisamente a ese criterio rector y lleva a cotejar el acto concreto cuestionado con la normativa originaria y derivada del Mercosur a fin de apreciar si un determinado instrumento, las medidas antidumping en el caso, ha sido utilizado para violar en forma indirecta o disimulada el principio de libre circulación contenido en la normativa del Mercosur. La desviación de poder no sustituye o reemplaza las fuentes jurídicas del Mercosur sino que procura asegurar el respeto de esa normativa.

Por lo demás, la desviación de poder es reconocida ampliamente incluso en la doctrina y jurisprudencia anglosajona (Griffith, J.A.G. and Street, H. *Principles of Law*, Pithman & Sons, London, 1952, pp. 214 ss.) y no se circunscribe al Derecho Administrativo local, aunque haya tenido particular desarrollo en ese ámbito, sino que el fundamento del mismo se encuentra en la Teoría General del Derecho que reclama la adecuación de los procedimientos y el ejercicio de los poderes jurídicos otorgados a las finalidades de las normas respectivas y en el orden internacional se relaciona con el principio de buena fe, universalmente aplicable, y que reconocido por la costumbre internacional ha sido recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Guardia, Ernesto de la y Delpech, Marcelo, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, Editorial Fedye, Buenos Aires, 1970, p. 276 y notas 680 y 682). A su vez, el artículo 31.1 de la misma Convención, al reiterar la exigencia de la buena fe, la asocia con el objeto y la finalidad. En todo caso, la buena fe y el uso de los poderes jurídicos sin desvío y conforme a su finalidad son principios generales de derecho que como tales constituyen una fuente autónoma según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Correlativamente, esa apreciación no debe ser caprichosa sino que requiere una base en factores o indicadores objetivos que demuestren el desvío en la intención de quien cumple la actividad bajo examen. En el caso el Tribunal consideró elementos como los indicados en los párrafos 183 a 200 que, ponderados de acuerdo con las reglas de la sana crítica (párrafos 201 a 210), permiten llegar a la conclusión de que no hay elementos que mostraran objetivamente el uso distorsionado de las medidas antidumping con la finalidad de restringir el comercio intrazona (párrafos 212 a 215 y Conclusión 5).

IV. El examen del caso, o sea del procedimiento antidumping y las medidas antidumping, debe realizarse a la luz de las normas que establecen la libre circulación de bienes a fin de verificar si el procedimiento y las medidas constituyen una restricción prohibida a dicha libre circulación (párrafo 132 y Conclusiones 2 y 3).

Los procedimientos antidumping no son absolutamente reglados y contienen ámbitos importantes de discrecionalidad como se ve, por ejemplo, en el AD OMC (2.2.1.1; 2.3; 2.4; 3.2; 3.4; 3.5; 3.6; y 3.7). Por otro lado, ningún acto administrativo es totalmente reglado, siempre hay un espacio para la discrecionalidad. Pero aún en una actividad altamente reglada puede darse la desviación de poder: "la finalidad, elemento esencial del acto administrativo, no sólo debe concurrir respecto a los actos discrecionales, sino también a los reglados..." (Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, pp. 541 y 542)

²³ Laudo n° IV, sobre la controversia entre la República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución n° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina", de fecha 21 de mayo de 2001.

La apreciación de si ha ocurrido o no esa desviación de poder no está impedida, pues, por la condición de acto reglado o discrecional del procedimiento en examen. Aparte del carácter relativo de esos términos -en todos los actos jurídicos siempre habrá algo de reglamentación y algo de discrecionalidad aunque el quantum sea variable- de lo que se trata es de establecer si el procedimiento como tal, cualquiera que fuere su grado de discrecionalidad y dondequiera que estuviere establecido, ha sido usado con una finalidad desviada para restringir el comercio regional.

De ahí que el Tribunal no tiene la misión de verificar la exacta concordancia del procedimiento con la legislación nacional argentina sino de examinar si el procedimiento ha sido usado con una finalidad diferente a la propia. Es en este sentido que la referencia doctrinaria del párrafo 166 del laudo sobre el cumplimiento de la ley tal cual ella es, enfatiza y está ligada al concepto de subordinación de la administración al principio de finalidad de la norma que aplica y no sólo a su exterioridad. El escrupuloso cumplimiento de aspectos formales y aun sustanciales no asegura de por sí el ajuste del acto a la finalidad de la ley ni que ésta se cumpla tal cual ella es. En el caso de autos, el fin de la norma aplicada es contrarrestar prácticas desleales de comercio y su desvío sería la utilización del procedimiento establecido por esa norma como una forma de restringir de manera indebida el comercio regional regido por el principio de la libre circulación de bienes.

V. Es bajo ese misma perspectiva que han de considerarse los párrafos 203 y 214 del laudo. Las irregularidades graves en el procedimiento que priven a una parte de su derecho al debido proceso o la aplicación en lo sustancial de criterios manifiestamente irracionales pueden permitir inferir, a partir de elementos objetivos, la utilización del procedimiento con una finalidad desviada para limitar el comercio. En el caso de autos el Tribunal no ha comprobado la existencia de esos elementos, como lo consigna en los párrafos referidos.

VI. El criterio para la desviación de poder, en el caso, es apreciar si el procedimiento cuestionado ha sido utilizado para violar el principio de libre circulación de bienes establecido en la normativa del Mercosur. Ese es, pues, el interés a preservar, tanto en el caso de autos como en todos los demás en que los EPM continúan aplicando procedimientos antidumping por las razones expuestas en los párrafos 151 a 154.²⁴

III. LOS TRATADOS BILATERALES DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Como dije en otra oportunidad²⁵, en nuestro país, desde 1990 hasta el presente, se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico diversos Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones extranjeras -más de 50-, que ha significado una modificación extraordinaria en nuestro sistema de derecho, fundamentalmente el administrativo.

24 Aclaración del Laudo n° IV que decidió la controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina identificada como *Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución n° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina*, de fecha 18 de junio de 2001.

25 SALOMONI, Jorge Luis, "El instituto de la licitación pública en el sistema de derecho positivo argentino: sus principios rectores", *Revista de Actualidad en el Derecho Público* n° 10, *Ad-Hoc*, Buenos Aires, mayo-agosto de 1999, pp. 120/1.

Ello así porque:

1. La protección no solo abarca el ámbito de los contratos administrativos, sino de cualquier actuación administrativa extracontractual que implique autorizar una actividad que necesite o acredite una inversión o un inversor extranjero. Y esto así porque la Argentina no ha formulado reserva alguna sobre actos *iure imperii* para la proroga de jurisdicción.

2. Se asegura un tratamiento de la inversión foránea no menos favorable que el de los nacionales o el de otros inversores extranjeros, lo que torna a estos tratados bilaterales en su formación pero multilaterales en sus efectos.

3. Se establece un particular sistema de solución de conflictos: a) En primer lugar deben resolverse por negociaciones amistosas. En este caso expreso se puede modificar el procedimiento administrativo nacional o local, puesto que el cauce elegido por el inversor puede ser esa negociación amistosa y no el previsto en la ley administrativa. b) En segundo lugar, a opción del inversor, puede recurrir a la vía judicial o directamente arbitral, aunque existiera renuncia expresa del inversor a todo otro fuero o jurisdicción que no sea el del Tribunal argentino. Los tribunales arbitrales establecidos en los tratados son: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio entre Estados y Nacionales de Otros Estados; y un Tribunal *Ad-Hoc* establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). El derecho aplicable por estos tribunales consiste en el acordado por las partes, y a falta de acuerdo la legislación del Estado que sea parte con las normas de derecho internacional privado y las de derecho internacional que le sean aplicables. El Laudo es obligatorio y definitivo. Si no se cumple se puede recurrir a la Corte Internacional de Justicia.

Con la claridad y certeza que lo caracterizaba a Muñoz, describe esa novedad específica del sistema que, en los conflictos entre un Estado parte y los inversores extranjeros, constituye el mecanismo para la resolución de los mismos: “Se otorgan seis meses para las negociaciones amistosas. A partir de ese momento las partes pueden elegir entre presentarse a los jueces argentinos o a un tribunal arbitral extranjero. En realidad, esta alternativa, solo esta prevista en los tratados firmados en un primer período. Lo que se creó con esta posibilidad fue un espejismo, una caricatura de la doctrina Calvo. Les explico por que. En esos tratados se exigió al inversor someter su controversia a la decisión de los tribunales argentinos, pero ese sometimiento vino envuelto por dos condiciones que, en realidad le quitaban ese carácter: a) El sometimiento se efectúa por un período de 18 meses. Si a su vencimiento no se dictó sentencia, lo cual es bastante previsible, se puede recurrir al arbitraje internacional. b) Si en ese plazo se dicta sentencia pero las partes continúan en disputa, es decir si el fallo no los conforma se puede recurrir al arbitraje. ¿Qué tipo de sentencia será esa? ¿Qué habrá sido de la cosa juzgada? La verdad es que no lo sé. En realidad, la obligación a ese sometimiento previo, no deja de ser pasatiempo, una hipócrita mueca institucional que aniquila el valor de las sentencias judiciales. En los tratados posteriores la cuestión se sinceró, y se admite recurrir directamente al arbitraje”.²⁶

26 MUÑOZ, Guillermo Andrés, “El arbitraje en los contratos internacionales celebrados por el Estado”, *Revista de Actualidad en el Derecho Público* n° 10, *Ad-Hoc*, Buenos Aires, mayo-agosto de 1999, p. 90.

Con anterioridad a estas afirmaciones, y con relación a las potestades de los denominados Entes Reguladores de los Servicios Públicos creados en la República Argentina, sostuve que quedaba por despejar una incógnita que se resolverá con el transcurso del tiempo. Y esta era el impacto que pueden sufrir las potestades de estos entes reguladores por la invocación, por parte de los concesionarios o licenciatarios de obras y servicios públicos, de los Tratados en cuestión. Y concluía con una advertencia que resultó premonitoria: “Resulta indudable que deberán establecerse restricciones a la posibilidad de esa invocación, porque de lo contrario, el sistema regulatorio y de control pasará a manos arbitrales, “independizados” de nuestro ordenamiento jurídico”.²⁷

Cabe agregar que todo el sistema normativo de las concesiones y licencias de servicios públicos en la Argentina -Marcos Regulatorios, Pliegos de Bases y Condiciones, Contratos, etc.- se dictaron sin tener en cuenta el impacto de esos tratados²⁸, que iban siendo sancionados por el Congreso de la Nación y que modificaban, como regla y en los aspectos normados por los tratados, los distintos sistemas normativos que se establecían en la República Argentina para realizar un aspecto de la denominada en aquel momento y sin mucho rigor técnico “Reforma del Estado de la ley N° 23.696”²⁹, como era la delegación de la prestación de servicios públicos en sujetos privados.

La muestra más acabada de lo afirmado más arriba la dio el propio legislador nacional, al sancionar las leyes aprobatorias de estos tratados sin debate parlamentario alguno y con la aceptación acrítica de todos los partidos políticos con representación parlamentaria. Es decir, que la incorporación de tal normativa a nuestro ordenamiento careció de una evaluación primaria de impacto sobre el sistema jurídico sobre el cual iba a surtir efectos.³⁰

27 SALOMONI, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos, Ah-Hoc*, Buenos Aires, 1999, p. 412. Debo aclarar, con cierto orgullo, que tanto mi querido y entrañable amigo Guillermo Muñoz, cuya presencia moral entre nosotros es el consuelo a su lamentable desaparición física, como el autor de estas líneas, fuimos los que primero alertamos críticamente sobre las consecuencias directas de estos Tratados sobre nuestro ordenamiento jurídico, y la falta de debate consecuente por parte de la doctrina jurídica argentina.

28 Prueba de ello lo constituye el caso “MAFFEZINI” por el cual se excepciona la vía judicial ordinaria del país donde se produce la inversión, pudiendo ocurrirse directamente ante el Tribunal Arbitral, cuando los pliegos de bases y condiciones y los contratos establecían expresamente el sometimiento de las partes a la jurisdicción de los tribunales judiciales argentinos.

29 Para una conceptualización de los términos reforma del Estado, reforma administrativa y reforma de la administración, v., SALOMONI, Jorge Luis, “Reforma del Estado: su configuración constitucional a través de la Reforma de 1994”, en *Revista Actualidad en el Derecho Público* n° 7, *Ad-Hoc*, mayo-agosto de 1998, Buenos Aires, pp. 98/9.

30 Para un análisis crítico-descriptivo del impacto de Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en los ordenamientos nacionales, como el solapamiento y en algunos casos contradicción de aquellos con otros tratados internacionales protectivos de inversiones, v., TORRENT, Ramón, “Acordos Internacionais. O Capítulo XI do Nafta e as negociações do ALCA: a bone to be thrown to the dogs?”, *Revista Brasileira de Comércio Exterior RBCE*, n° 74, FUNCEX, Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior, Rio de Janeiro, Para quien: “Durante los años 80 y en los inicios del año 90, hubo una proliferación de acuerdos bilaterales de inversiones. No obstante la denominación de esos acuerdo hacían referencia apenas a la ‘protección y promoción de inversiones’, ellos iban mucho más allá de esos temas, incluyendo, en particular, disposiciones horizontales sobre el régimen jurídico de las inversiones, como también un mecanismo internacional de solución de controversias entre empresas y Estado. Esos acuerdos eran firmados entre países desarrollados y países en desarrollo. El Brasil no ratificó ninguno de los acuerdos firmados por su gobierno. Había una diferencia esencial entre los acuerdos firmados por los países europeos y los firmados por los Estados Unidos. En estos había una lista de sectores excluidos, a diferencia de lo que ocurría en aquellos. El Nafta contiene un capítulo (el capítulo XI) que reproducía las disposiciones de los acuerdos bilaterales, pero con un anexo de excepciones. Conviene recordar, por último, que el derecho de la Comunidad Europea no creo un régimen común de protección de inversiones. Esa cuestión continúa a cargo de las legislaciones nacionales (no armonizadas). Después de la entrada en vigor de los acuerdos de la OMC, el 1° de enero de 1995, la OCDE dio inicio, en la primavera de ese mismo año, a las negociaciones de un acuerdo multilateral de

Esa omisión incluyó, creo que deliberadamente, el análisis de dicho impacto sobre los marcos regulatorios, pliegos de bases y condiciones y contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos.

Ante esas omisiones han surgido diversas cuestiones que se han transformado en cruciales problemas para la Argentina. Trataré solamente uno de ellos, como es el que actualmente se afronta en el sistema arbitral del CIADI consistente en la discusión de la legislación aplicable para la resolución del conflicto.³¹

Ello así, porque esta diferenciación de problemas entre las cuestiones atinentes al contrato de concesión y/o licencia de servicios públicos que se resuelven por la ley local y las cuestiones atinentes a la inversión que se resuelven por la ley pactada expresamente por las partes o, ante la falta de tal acuerdo, por la ley internacional, generan el desplazamiento último del sistema jurídico argentino.³² Y ello sin que el Estado haya podido prever que la sujeción de la empresa concesionaria o licenciataria de servicios públicos al ordenamiento argentino, no implicaba la sujeción del inversor, dueño del paquete accionario de la empresa constituida en nuestro país, al ordenamiento jurídico argentino en las cuestiones atinentes, precisamente, a esa inversión.

inversiones (AMI/OCDE) que debía ‘plurilateralizar’ las disposiciones de los acuerdos bilaterales de inversiones. Las negociaciones del AMI/OCDE estaban previstas durar dos años. En 1997 se prorrogaron por un año más. “en 1998 se admitió que las negociaciones habían fracasado definitivamente. La verdadera historia de las negociaciones del AMI todavía no fue escrita. Tal vez, apenas nosotros, que las acompañamos desde el primero al último día, seamos capaces de escribirla. Diversos factores contribuyeron para el fracaso del AMI, más eso no debe servir para que se oculte la cuestión principal: los países de la OCDE fueron incapaces de aceptar, entre sí, las mismas disposiciones que habían incluido en sus acuerdos con los países en desarrollo”. (La traducción me pertenece). Y el artículo de SOLÉ, Marina, “Regulação no investimento no âmbito nacional, bilateral, regional e multilateral”, también en *Revista Brasileira de Comércio Exterior RBCE*, nº 74, FUNCEX, Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior, Rio de Janeiro. En este artículo, la autora luego de demostrar las contradicciones que encierra la regulación vigente en materia de inversiones internacionales y específicamente, de las inversiones extranjeras directas (IED), sostiene que: “El análisis desarrollado permite concluir que existen, en términos generales, profundas diferencias entre las obligaciones relativas al tratamiento de las inversiones creadas por los acuerdos multilaterales (básicamente el GATS –Acuerdo General de Comercio de Servicios-) y las definidas en los acuerdos bilaterales de inversión españoles/europeos. Las segundas son mucho más amplias y profundas que las primeras. También hay profundas diferencias entre el ‘modelo español/europeo’ de acuerdos bilaterales y el ‘modelo EE.UU’. Así, los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscritos por España y por otros países europeos se apartan del modelo de acuerdo bilateral que siguen los EE.UU. o Canadá y del NAFTA. Los primeros reconocen a las Partes los principios de Trato Nacional y de Nación Más Favorecida sin más salvedad que las excepciones regional y fiscal. Estados Unidos y Canadá, en cambio, cuando han firmado acuerdos bilaterales de inversión, sí han introducido en anexo unas listas de excepciones referidas a determinados sectores y actividades; parecidas excepciones figuran también en el NAFTA y en el GATS. Se da la circunstancia que países como Argentina y Chile, en sus respectivos acuerdos de inversión con Estados Unidos y Canadá, también han optado por incluir determinadas excepciones cuando habían firmado sin problemas obligaciones de TN y de NMF prácticamente ilimitadas con Europa”.

31 Hasta el presente se ha fallado solamente contra la Argentina el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y otra c. República Argentina* (caso nº ARB/97/3), denominado Caso *VIVENDI*, del 21 de noviembre de 2000. (*Revista La Ley* 2001-A-230). No obstante ser favorable a nuestro país, fue posteriormente anulado parcialmente por un Comité *Ad-Hoc*, con relación a la decisión de no examinar en cuanto al fondo los reclamos por actos de la Provincia de Tucumán fundados en el Tratado.

32 En el caso “WENA” y con relación a la legislación aplicable, el Tribunal Arbitral del CIADI diferenció las cuestiones objeto del contrato de locación, que era motivo de la controversia, como sujetas a la legislación local de aquellas traídas a arbitraje bajo los Tratados de Inversiones, que en su opinión diferían. Sostuvo, entonces, que las leyes locales solo se aplicaban a las diferencias contractuales que vinculan a las partes y no a las controversias en materias de inversión regidas por los mencionados Tratados. (Conf., TAWIL, Guido Santiago, “Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable. A propósito de las recientes decisiones en los casos ‘VIVENDI’, ‘WENA’ y ‘MAFFEZINI’”, *Diarios La Ley* del 20 y 21 de noviembre de 2002).

Resulta claro que el tribunal arbitral, en mi opinión, está aplicando de mala manera el Tratado. Se está excediendo en su jurisdicción. Esto es así porque realiza una distinción, que no surge del Tratado, con relación al contrato que se firma en la República Argentina, respecto a la ley aplicable al inversor. Esta distinción que, reitero, no surge del Tratado genera a su vez la aplicación de normas diferentes a las pactadas, y a las que las partes -fundamentalmente el Estado Nacional-, de buena fe, manifestaron su voluntad de sujetarse. Esto constituye un primer punto de discusión profunda que debería plantear la República Argentina, en la instancia actual si fuera procesalmente admisible, o en los juicios de revisión posteriores a los eventuales laudos arbitrales condenatorios.

Además, debo decir que los inversores extranjeros titulares de las acciones de estas empresas, autorizaron la presentación de las mismas a los procesos licitatorios abiertos en nuestro país, y con ellos, autorizaron la sujeción de aquella a la legislación argentina por imperio de los pliegos de bases y condiciones y los contratos que suscribieron. Por lo tanto, no puede sostenerse que estas normas no le son aplicables a los inversores en las cuestiones que involucran normas de los tratados protectivos de inversiones.

Resulta indudable que la defensa del Estado ante estos tribunales deberá ser muy meditada y elaborada, por la complejidad en la aplicación de los diversos ordenamientos jurídicos que deben ponderarse para la resolución de los casos.³³

IV. CONCLUSIÓN

Lejos estamos del Estado soberano y del ejercicio de sus potestades en los términos de su constitución originaria. La internacionalización de los ordenamientos jurídicos nos enfrenta a una nueva realidad que, por lo menos hasta ahora, los administrativistas no hemos tematizado.³⁴

33 Para una argumentación posible, v., SALOMONI, Jorge Luis, en *ob., cit.*, “La defensa del Estado en los conflictos...”.

34 Resulta muy esclarecedora la construcción del maestro italiano Sabino CASSESE sobre lo que considera el fenómeno de los ordenamientos globales o ‘global governance’. En efecto, entiende que las características de tal ordenamiento pueden describirse de la siguiente manera: 1.- responde a la exigencia de controlar la globalización; 2.- el fenómeno se afirma en un arco de tiempo breve: medio siglo, si se excluye la fase de preparación (sin que se halla alcanzado aún la fase de la madurez). No se ha formado por superposiciones, sino por cooperación. Sus problemáticas principales no son las de la soberanía, las relaciones centro-periferia, la representatividad, sino el de las decisiones conjuntas, la colaboración y el “rule of law”; 3.- se presenta como un agregado de organizaciones generales y sectoriales y de acuerdos. No solo no hay una supremacía y un soberano, sino que ni siquiera existe una estructura definida; 4.- tiene carácter compuesto. Allí se encuentran, yuxtapuestos, interdependientes, o integrados, según los casos, elementos jurídicos diversos, estatales, internacionales y supranacionales (de la Organización de las Naciones Unidas –que es una familia de instituciones- a la Organización Mundial del Comercio, a las organizaciones nacionales- como la Unión Europea y el Mercosur- a las cumbres del G8, a los centenares de organismos sectoriales –para el correo, el tráfico aéreo, la sanidad, etc.-, hasta las organizaciones informales, con sus ramificaciones estructurales o funcionales en los Estados o a nivel aún inferior). Estos últimos no se superponen a los primeros, arrollándolos, como lo hizo el derecho del Estado respecto al derecho de los poderes locales, corporativos, intermedios y secundarios preexistentes; 5.- es de orden funcional. Mientras los ordenamientos generales precedentes, los Estados, se erigieron como defensores de valores religiosos y morales, los ordenamientos generales y especiales globales pretenden gobernar valores económicos y materiales (sanitarios, meteorológicos, alimentarios, etc.). Y concluye: “En definitiva, en el ‘global governance’ juega un rol dominante la administración, más que la política. Por ello para ésta no se plantean problemas propios de los cuerpos políticos de los Estados, como aquellos de la ciudadanía, la representación, la democracia, sino más bien los del ‘rule of law’, ‘expertise’, ‘accountability’, ‘speed’, ‘fairness’, ‘due process of law’, transparencia. De ello deriva que es vano detallar los caracteres de la democracia política

Cada ordenamiento jurídico internacional, establece su propio sistema de resolución de conflictos como se vio a lo largo del presente. Tal sistema impacta directamente sobre nuestro ordenamiento jurídico produciendo modificaciones sustantivas en todas las instituciones administrativas, como el procedimiento, el proceso, el acto, los contratos, etc.

He pretendido mostrar, en forma sucinta, el impacto que están produciendo los tribunales arbitrales del MERCOSUR y del CIADI a través de sus sentencias, en nuestro derecho, y en el primero de ellos, sobre todos los países miembros de la comunidad.

Este es el aporte que he intentado y, a su vez y con igual intensidad, producir un llamado de atención sobre esta nueva realidad que debe continuar debatiéndose, fundamentalmente, en la doctrina del derecho administrativo.

(derecho de voto, elecciones, Parlamento, mayoría y oposición, referendun, partidos políticos, derecho de petición) y buscarlos –sin encontrarlos- en los ordenamientos globales o sus partes (...) Distinto es el caso de aquella parte del ‘global governance’ que comienza a implicar problemas políticos. Pero aún aquí es difícil que se repita la experiencia de los Estados nacionales, con sus dos componentes esenciales, aquel rousseauniano (la democracia política) y el montesquiano (la división de poderes y las garantías). Mientras se puede estar seguro que la vía del poder político global no sea la misma de la de los Estados nacionales, es difícil decir, en el momento actual, cuál podrá ser. Esto será uno de los más fascinantes problemas de los próximos años”. (CASSESE, Sabino, en *ob., cit., La crisis...*, pp. 19 y 20).

OCTAVA PARTE
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

§50. COMPETENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Hildegard Rondón de Sansó
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

I. NORMATIVA LEGAL RECTORA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. ORIGEN Y FORMACIÓN

1. Origen y formación

La normativa legal que rige a nuestro máximo tribunal es la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que fuera publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.942, de fecha 20 de mayo de 2004. Esta ley deroga a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia publicada en la *Gaceta Oficial* N° 1.893, extraordinaria, del 30 de julio de 1976.

No puede negarse que la ley vigente no constituye otra cosa que una copia de la derogada, adaptada a los cambios que la Constitución del 99 produjo en el sistema judicial en general y en el del máximo tribunal en especial. Lamentablemente, no significó una depuración o mejora del modelo, sino por el contrario, el nuevo texto no llega a resolver las lagunas que la ley originaria planteaba, sino que a su vez crea otras lagunas y otras dudas; no se sometió a la amplia jurisprudencia que ya existía en materia contencioso administrativa, -cuyo procedimiento estuvo regido por la anterior y continua presente en la actual-. Muchos de los vicios que, se le detectan aun en un somero análisis, derivan de la equivocada técnica legislativa. En efecto, la ley no tiene títulos indicativo de las materias reguladas; los artículos son sumamente largos porque significan la acumulación de cuatro o cinco de los existentes en la anterior, incluso, de secciones enteras; pero sobre todo, lo más grave, es que *la ley no tiene espíritu*. Con esta frase queremos recordar que todo texto normativo, bien sea originario o bien sea de reforma de uno anterior, tiene sus propios fines o motivaciones inspirados en principios, esto es, en concepciones que están más allá del derecho positivo y que, pretenden ilustrarlo para hacerse realidad a través del mismo. En el caso de esta reforma de la Ley Orgánica de la Corte, el único interés -que no fin jurídico- pareciera haber sido el de aumentar el número de Magistrados de las Salas. Aparentemente también fue designio del legislador, otorgarle mayores facultades que las establecidas en la propia Constitución, a la Sala Constitucional; pero si vamos al texto del anteproyecto y de sus modificaciones, inmediatamente percibimos que las atribuciones extraordinarias que, en definitiva quedaron en beneficio de la Sala Constitucional, habían sido originariamente destinadas a la Sala Plena. Creemos que, la atención a las críticas que se hicieron al señalado anteproyecto, dirigidas a recordar que las asignaciones de competencias extraordinarias a la Sala Plena eran inconstitucionales, así como “alguna mano misteriosa” que actuó en el último momento, esto es, después de haber sido aprobado el proyecto en segunda discusión por la Asamblea Nacional, desvió tales competencias de la Sala Plena a la Sala Constitucional.

2. El proyecto originario y su motivación

El proyecto originario de la vigente ley fue presentado en el período legislativo del año 2003. El número que se le atribuyó al expediente contentivo del mismo fue el 253. La entrada en cuenta es de fecha 14 de enero de 2003. Los proponentes fueron los diputados Omar Meza, Luis Velásquez, Cilia Flores, Guillermo Guevara, Ángel Rodríguez, Marelis Pérez, Tulio Jiménez, José E Rodríguez, Cesar López, Luis Franchesqui, Tania D`Amelio, Guillermo Palacios y Ricardo Gutiérrez. La motivación u objetivo alegado por los proponentes del proyecto para su elaboración fue el siguiente: “*Con este instrumento jurídico se pretende contribuir con la solución al problema que implica tener sin ley a tan importante institución como es el Tribunal Supremo de Justicia, pilar fundamental del estado de derecho, que tiene como función primordial controlar, de acuerdo con la Constitución y las leyes, la constitucionalidad y legalidad de los actos del Poder Público*”¹.

3. El “íter” de formación parlamentaria

La primera discusión de la ley se efectuó el 28 de enero del año 2003, siendo aprobada en esa misma oportunidad. La segunda discusión se inició el 28 de agosto de 2003 concluyendo el debate el 29 de abril de 2004. El 18 de mayo de 2004 el proyecto regresó a la Plenaria, siendo aprobado ese mismo día. La sanción de la ley también se produjo en la misma oportunidad y su publicación en la *Gaceta Oficial* N° 37.943 el día 20 de mayo de 2004. No conocemos la fecha de la promulgación, pero resulta admirable -por no utilizar otro término más preocupante- que, habiendo sido sancionada el día 18 de mayo, el 20 de ese mismo mes ya hubiese sido publicada en la *Gaceta Oficial*. Pensamos que debería averiguarse con detenimiento la forma en que fue promulgada la ley, porque existían muchas objeciones en su contra y el Presidente de la República habría podido formular observaciones, ejerciendo sus poderes de veto. Por el contrario, no entendemos cómo salió publicada en la *Gaceta* del día 20 de mayo una ley que acababa de ser sancionada por la Asamblea el 18 de ese mes y que, aún debía ser revisada por el Ejecutivo. La única posibilidad de seguir el cronograma que permitiera a la imprenta recibir la ley el 19, a media mañana y tenerla ya publicada el día 20, es que se hubiese obviado la presentación del texto en Consejo de Ministro, lo cual no significa otra cosa que la omisión de una etapa constitucionalmente prevista como lo es la promulgación.

En el informe preparado para la segunda discusión, los parlamentarios señalaron que habían tomado en cuenta los siguientes elementos:

1.- El texto ya aprobado en primera discusión; 2.- Las observaciones presentadas por la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas de la Universidad de los Andes; 3.- Las consideraciones de los consultores de la Comisión; así como “la consulta pública realizada el 19 de mayo de 2003”.

El aludido informe de la Comisión contiene una Exposición de Motivos y formula una serie de recomendaciones a lo aprobado en primera discusión.

¹ Esta motivación no fue sincera porque el Tribunal Supremo de Justicia, se regía por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. De allí que lo que debía señalar el proyectista es que la ley vigente debía ser adaptada a los cambios constitucionales establecidos en la estructura del tribunal y, sobre todo pasar a regularlo en el nuevo carácter que le había sido atribuido de “gobierno y administración del Poder Judicial”.

II. COMPETENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL

En el texto cuya gestación hemos expuesto que aparecen las competencias de la Sala Constitucional a las cuales hemos de dedicar nuestro estudio por considerar que el conocimiento de la materia es la base para cualquier exploración, estudio o análisis que se intente en nuestro Derecho Público.

1. La jurisdicción constitucional

Las competencias de la Sala Constitucional están contenidas en el texto constitucional en el ordinal 1° del artículo 266 y su desarrollo en el artículo 336 *ejusdem*. Esta última norma citada está ubicada en el Título VIII denominado “De la Protección de la Constitución”, en el Capítulo II que se denomina “De la Garantía de la Constitución”.

Por lo que atañe al artículo 266, el mismo consagra en forma genérica como atribución de la Sala Constitucional el “*ejercer la jurisdicción constitucional conforme al artículo 8 de la Constitución*”. Introduce así la Constitución la expresión “*jurisdicción constitucional*”, la cual va a desarrollar en el Título VIII, arriba mencionado, que es el relativo a la “Protección de la Constitución”.

La jurisdicción constitucional está enunciada en el artículo 334 *ejusdem* mediante una doble forma de control de la constitucionalidad:

- 1.- El control denominado “*control difuso de la constitucionalidad*”, el cual sería mejor denominar *control concreto de la constitucionalidad* y,
- 2.- El “control concentrado” de la constitucionalidad, el cual sería mejor denominar control abstracto de Constitución.

El control difuso o concreto de la Constitución está enunciado en la norma comentada en la siguiente forma: “*En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente*”.

Por lo que atañe al *control concentrado o abstracto* de la Constitución, el mismo está desarrollado en el último aparte del artículo 334 *ejusdem* que reza: “*Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley*”.

Ahora bien, el artículo 335 *ejusdem* establece que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; que el mismo será el máximo y último intérprete de la Constitución y que velará por su uniforme interpretación y aplicación. Concluye la norma estableciendo que “*las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*”. Con lo anterior queda consagrada la primacía de la Sala Constitucional sobre los restantes organismos jurisdiccionales de la República e incluso, de las otras salas, mediante la llamada *interpretación vinculante* sobre el contenido o alcance de las normas o principios constitucionales.

En efecto, como puede apreciarse, el artículo consta de dos elementos. El primero, está constituido por la atribución que se acuerda al Tribunal Supremo de Justicia, de garantizar la supremacía y efectividad de las normas constitucionales. El segundo elemento, está en la afirmación de que las interpretaciones de la Sala Constitucional, sobre el contenido o alcance de las normas o principios constitucionales, son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

Al analizar el contenido de la primera declaración, se aprecia que el Tribunal Supremo de Justicia es el sujeto de las potestades a las cuales la norma alude, es decir, se está haciendo referencia, no a una Sala, sino al organismo jurisdiccional establecido en el artículo 262 de la Constitución, es decir, a un tribunal que funciona en varias Salas, que, como hemos visto son la Sala Plena, la Sala Constitucional, la Sala Político-Administrativa, la Sala Electoral, la Sala de Casación Civil, la Sala de Casación Penal y la Sala de Casación Social.

Cuando el artículo 335 dice que el Tribunal Supremo de Justicia es el garante de la supremacía y efectividad de las normas constitucionales, está aludiendo a todas las Salas que lo conforman, y a cada una de ella en particular. Si la norma hubiese querido darle preeminencia a la Sala Constitucional en su propio texto, habría utilizado una redacción análoga a la del último aparte del artículo 334: “*Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia...*”.

El artículo 335 no se limita a señalar que el Tribunal Supremo es el garante de la efectividad de las normas constitucionales, sino que al mismo tiempo indica que será: “... *el máximo y último intérprete de la Constitución*”. Ahora bien, si hemos dicho que el garante de la supremacía constitucional es el Tribunal Supremo, entendido como un todo, ¿cómo entender que no sea el máximo y último intérprete de la Constitución, cuando señala más adelante que corresponde a la Sala Constitucional establecer las interpretaciones sobre el contenido o alcance de las normas o principios constitucionales, *con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo y de los demás tribunales de la República*?. Si la situación es tal que la Sala Constitucional puede imponer sus interpretaciones a las restantes Salas, entonces no es cierto que cada una de las Salas sea “... *el máximo y último intérprete de la Constitución*”. Esta situación se hace más evidente cuando en el encabezamiento del artículo 335, se señala al Tribunal Supremo como el garante de la supremacía constitucional y como el máximo y último intérprete de la Constitución, y se le indica igualmente como el guardián de su “*uniforme interpretación y aplicación*”.

Es decir, que el artículo 335 opera en dos planos diferentes: a) Cuando acuerde al Tribunal Supremo de Justicia la condición de garante de la supremacía constitucional, de último intérprete de la Constitución y de vigilante de su interpretación uniforme; y b) Cuando alude al Tribunal Supremo de Justicia, refiriéndose a la figura prevista en el artículo 262 de la Constitución, es decir, al organismo jurisdiccional que funciona en Sala Plena y en las restantes Salas. En consecuencia, se está haciendo referencia, tanto al Tribunal cuando actúa en el Pleno, como a las demás Salas cuando lo hacen separadamente. Simultáneamente con lo anterior, el artículo 335 le otorga preeminencia a la Sala Constitucional para interpretar el contenido y alcance de las normas constitucionales, de tal naturaleza que sus interpretaciones son vinculantes para otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

¿Qué conclusiones sacar de todo ello? La conclusión que debemos extraer es que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no es una simple Sala de un tribunal, sino que es una *Corte Constitucional*. A pesar de que está ubicada físicamente en la sede del Tribunal Supremo de Justicia.

Es una Corte Constitucional, y ello se revela en las siguientes características: **1)** Tiene la competencia exclusiva en el control concentrado o control abstracto de las leyes y demás actos normativos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; **2)** Sus interpretaciones sobre el alcance y contenido constitucionales son vinculantes para todo el orden jurisdiccional, incluso, para las restantes Salas del Tribunal Supremo de Justicia; **3)** Sus facultades no están contenidas en las del Tribunal Supremo de Justicia enumerados en el artículo 266 *ejusdem*, sino que dicha norma reenvía a una *jurisdicción constitucional* propia, diferente. En consecuencia, la Constitución no sólo crea una jurisdicción nueva: la constitucional, sino que coloca en la cúspide de la misma, no al Tribunal Supremo de Justicia, sino a la Sala Constitucional.

Debemos entonces señalar que en la sede del Tribunal Supremo de Justicia operan tres jurisdicciones diferentes, *la jurisdicción judicial* constituida por las Salas de Casación (Civil, Penal y Social); *la jurisdicción contenciosa administrativa* que ejercen la Sala Político Administrativa y la Sala Electoral; y *la jurisdicción constitucional*, asignada a la Sala Constitucional.

La jurisdicción judicial es la vía de control de los actos del Poder Judicial representada por las Salas de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social. En las mencionadas Salas se efectúa la última y definitiva revisión de las decisiones jurisdiccionales.

La jurisdicción contencioso administrativa es la vía de control de los órganos administrativos y del gobierno, y está constituida por la Sala Político- Administrativa y la Sala Electoral.

Paralelamente, existe una *jurisdicción constitucional* que, en sede de control abstracto, la ejerce exclusivamente la Sala Constitucional e incluso, en otras formas de control como serían la vía del amparo y la vía del control difuso, también opera, al dictar interpretaciones que son vinculantes para el resto de la demás Salas. Esta tutela de la constitucionalidad es de tal magnitud, que implica el control de las sentencias de las restantes Salas del Tribunal Supremo de Justicia. Es por eso que quien ejerce el control de la constitucionalidad no es una simple Sala, sino un Tribunal Constitucional.

¿Cómo interpretar entonces el encabezamiento del artículo 335 que le otorga en general al Tribunal Supremo de Justicia, el constituir la garantía de la supremacía constitucional, por ser el máximo intérprete de la Constitución y velar por su uniforme aplicación?. Este artículo debe interpretarse en el sentido de que cada una de las Salas implica, en su jurisdicción, el garante de la supremacía constitucional, el máximo y último intérprete de la Constitución y el guardián de su interpretación uniforme; *pero existe una jurisdicción por encima de ellos, y esa es la que ejerce la Sala Constitucional*.

Lo anterior revela que la Sala Constitucional es el supremo y único tribunal constitucional de la República². En consecuencia, si sus sentencias, por disposición de una ley,

2 Cuando decimos “único” no queremos significar con ello que solo a él le corresponde el control de la constitucionalidad, lo cual chocaría con el hecho de que todos los tribunales en general pueden ejercer el control concreto (llamado control difuso) de la preeminencia de la norma fundamental, sino que queremos excluir que existan otros tribunales de menor grado que realicen en otras esferas sus funciones, como sí sucede con la jurisdicción contencioso administrativa general que está conformada por la Sala Político Administrativa y los restantes tribunales de la misma jurisdicción pero de menor rango.

quedasen sometidas a otro tribunal (Sala Plena) dejaría de ser el máximo tribunal constitucional y con ello se violaría el texto expreso de la Constitución. Además, la Sala Constitucional posee por disposición de la Norma Fundamental, la facultad de revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo y de control de inconstitucionalidad de normas jurídicas dictadas por todos los tribunales, expresión ésta que incluye a las restantes salas. En consecuencia, establecer por vía de ley ese control extraordinario de revisión de los fallos implicaría violar la competencia de la Sala Constitucional y hacer que el órgano que actué en tal forma esté incurso en el vicio de usurpación de autoridad.

2. Enunciación de las competencias de la Sala Constitucional en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

Las competencias de la Sala Constitucional se refieren a los asuntos previstos en los numerales del 3 al 23 del artículo 5, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia las cuales pasamos a analizar en el mismo orden en que son enunciadas en la norma.

A. Resolución de conflictos entre las Salas o entre los funcionarios del Tribunal Supremo de Justicia

La facultad señalada en el título está contenida en el ordinal 3° del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que establece:

Ordinal 3°: “Resolver los conflictos de cualquier naturaleza que puedan suscitarse entre las salas que lo integran o entre los funcionarios del propio tribunal con motivo de sus funciones”.

Esta facultad, correspondía a la Corte en Pleno, en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia³ e incluso, también le fue atribuida a dicha Sala, en el anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

¿Qué significa la resolución de los conflictos surgidos entre las salas o entre los funcionarios? La redacción de la norma facultativa es tan amplia que pareciera aludir a todos los conflictos, cualquiera que sea su naturaleza, siempre que versen sobre el ejercicio de las funciones que ejercen en el organismo jurisdiccional. De allí que la Sala Constitucional tiene la facultad de dirimir los conflictos de competencia que se planteen entre las Salas y, así mismo, los conflictos de autoridades que surjan entre los titulares de los cargos de todas las salas.

B. Recurso de revisión contra las sentencias dictadas por las restantes Salas del Tribunal Supremo de Justicia

El ordinal 4° del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece:

Ordinal 4: “Revisar las sentencias dictadas por una de las salas, cuando se denuncie fundamentalmente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República, tratados, pactos o convenios internacionales, suscritos y ratificados válidamente por la República, o que haya sido dictada (sic) como consecuencia de un error inexcusable, dolo, co-

3 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, Ordinal 7 del artículo 42.

hecho o prevaricación; así mismo podrá avocarse al conocimiento de una causa determinada, cuando se presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos o ratificados por la República, aún cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la competencia le esté atribuida a otra sala”.

La Constitución contempla el recurso de revisión de las sentencias de los tribunales de la República por ante la Sala Constitucional, pero su contenido es diferente al de la norma transcrita precedentemente de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, el artículo 336 ordinal 10 del Texto Fundamental establece como atribución de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “*revisar la sentencia definitivamente firme de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva*”. Esta norma había planteado dudas sobre si era extensible el recurso de revisión a las demás salas del Tribunal Supremo de Justicia. La propia Sala Constitucional, en varias sentencias, afirmó su potestad de revisión constitucional de los fallos de otras salas. Las primeras sentencias en las cuales asumió tal competencia fueron las del 07 de junio de 2000 (caso *Mercantil Internacional, C.A.*) y la sentencia del 06 de febrero de 2001 (caso *Corpoturismo*).

La norma contenida en el ordinal 4° del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia antes transcrito, va a constituir una especificidad de la facultad constitucional del ordinal 10° del artículo 336, porque su objeto no son todas las sentencias de cualquier tribunal de la República, sino solo las de las restantes salas del Tribunal Supremo de Justicia, revisables por motivos expresamente señalados. Nos encontramos así con el *nacimiento de un recurso autónomo y específico de revisión constitucional*.

En efecto, el recurso de revisión previsto en la Constitución en el artículo 336, ordinal 10, es el recurso de revisión general, competencia de la Sala Constitucional, destinado a dos objetivos fundamentales: a) al examen de la constitucionalidad de las leyes y de las normas jurídicas que realizan los tribunales de la República a través del llamado control difuso, esto es, al control concreto de la constitucionalidad previsto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil y más ampliamente en el artículo 334 de la Constitución en su encabezamiento y en su primer aparte. Se trata de la potestad de inaplicación o de desaplicación que “*tienen todos los jueces o juezas de la República*” en el ámbito de su competencia; de dejar de aplicar, aún de oficio, las normas que sean contrarias a la Constitución para asegurar su integridad.

El recurso de revisión general se refiere entonces, bien a las sentencias definitivamente firmes de amparo, o bien, al control de la constitucionalidad, mediante el examen de las decisiones judiciales que hayan ejercido el control difuso de la constitucionalidad.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia al desarrollar el recurso de revisión del ordinal 10° del artículo 336 constitucional, estableció *un recurso de revisión específico contra las sentencias dictadas por las restantes salas del Tribunal Supremo de Justicia*. Este recurso está destinado a controlar los fallos aludidos, en los siguientes casos:

a.- Cuando se denuncie la violación de principios jurídicos fundamentales. Precisa sin embargo la norma que, estos principios jurídicos fundamentales son los contenidos en la Constitución de la República, o bien, en los acuerdos internacionales (tratados, pactos o convenios internacionales) que hayan sido suscritos y ratificados válidamente por la República.

b.- Cuando la sentencia haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación.

Al primer grupo de motivos de impugnación lo podemos denominar como *violación de los principios fundamentales* del derecho interno o internacional.

Al segundo grupo de violaciones lo podemos denominar *vicios subjetivos del juzgador*, por cuanto lo que se controla es el error inexcusable, el deseo de dañar (dolo) o, el cohecho y la prevaricación.

Vamos a citar una de las más recientes sentencias dictadas por la Sala Constitucional en materia de un recurso de revisión que fuera interpuesto con posterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Nos referimos al efecto a la sentencia de fecha 09 de julio de 2004, bajo la ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, en el caso de *Inversiones 19.494, C.A.*, contra la decisión de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (expediente 03-3085). En este fallo la Sala indica cuales son los vicios de una sentencia que la hacen objeto del recurso de revisión, señalando como tales a los siguientes:

Que haya existido indefensión de la parte recurrente. En el caso la Sala estimó que el recurso de revisión no procedía por cuanto, el razonamiento que informara al juzgador fue el producto de la apreciación soberana realizada por el mismo sobre el asunto sometido a su conocimiento, por lo cual no podía considerarse que la sentencia dejó indefensa a su representada.

Que se haya cometido un *grotesco error de interpretación* de la norma constitucional.

Que hubiese resultado *infringido por dicha sentencia algún criterio interpretativo de norma constitucional asentado por ella*. Es decir, dice el fallo que la parte recurrente no invocó que existiese una interpretación de la Sala que permita definir que en la recurrida hubo una interpretación contraria a algún criterio jurisprudencial previamente establecido por ella en materia constitucional. Señaló así que, no existían los elementos necesarios para declarar la admisibilidad de la solicitud de revisión y en todo caso *“la revisión que se solicita en nada contribuye a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales”*.

C. Conocer de las apelaciones y acciones de amparo contra sentencias de amparo, relativas o reclamos sobre derecho de réplica y rectificación

La competencia enunciada está regulada en el ordinal 5 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que establece:

Ordinal 5º: “Conocer de las apelaciones contra la sentencia de amparo constitucional y de la acción autónoma de amparo contra la sentencia que dicten los tribunales superiores como tribunales de primera instancia que decidan sobre la acción de reclamo para garantizar el derecho humano a réplica y rectificación o para proteger el derecho al honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación de las personas afectadas directamente por la difusión de mensajes e informaciones falsas, inexactas o agraviantes a través de los prestadores de servicio de radio y televisión. En todo caso el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, tiene la potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida”.

En resumen, la facultad versa sobre el siguiente objeto:

a) Apelaciones de sentencias de amparo dictadas por tribunales superiores actuando en primera instancia.

b) Revisión de sentencias que decidan acción de reclamo para garantizar *derecho a réplica y rectificación* o para proteger el derecho al honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación todo de personas afectadas directamente por informaciones de prestadores de servicio de radio y televisión.

La facultad de la Sala al conocer del recurso es acordar o no el restablecimiento inmediato de las situaciones jurídicas afectadas.

En realidad a pesar de que hemos utilizado en el título correspondiente al examen de esta facultad la expresión de apelaciones contra sentencias de amparo, el enunciado del ordinal es mucho más amplio ya que comprende varios supuestos que podemos sistematizar así:

Conocer de las decisiones de los tribunales superiores actuando como tribunales de primera instancia sobre la acción de reclamo para garantizar el derecho al honor, a la vida privada, a la intimidad, a la propia imagen, a la confidencialidad, y a la reputación, incoadas contra los prestadores de servicios de radio y televisión. De estas decisiones puede conocer:

- Por vía de apelación contra la sentencia
- Por vía de amparo autónomo contra la sentencia.

No puede dejar de señalarse que existe cierta incongruencia en haber establecido estas dos vías sin señalar el orden en que pueden ser seguidas ya que en puridad, no podría ejercerse la acción autónoma de amparo si existe la posibilidad de la apelación. En efecto, no es posible ejercer las acciones simultáneamente ni tampoco escoger el orden de tal ejercicio, ya que lo primero será siempre la apelación, que es el medio natural, quedando el amparo como la posibilidad excepcional.

Debemos poner de relieve la facultad de la Sala, no sólo de decidir la cuestión planteada por vía de apelación o de amparo contra sentencia, sino también de efectuar el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida.

Como deriva de la atribución transcrita, la Sala Constitucional no sólo posee potestades dotadas de eficacia declarativa, sino que también la potestad relativa al restablecimiento de las situaciones afectadas, que es algo más que el poder de ejecución del fallo, ya que puede determinar las formas del restablecimiento y proceder con toda su fuerza ejecutora a hacerlo efectivo.

Es necesario comentar la decisión de la Sala Constitucional de fecha 09 de julio de 2004, bajo ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta, en el caso *José Daniel Bello vs. Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Agrario y del Trabajo de la circunscripción Judicial del Estado Yaracuy*⁴, con voto salvado del Magistrado Antonio García García.

La sentencia se pronuncia sobre una situación muy compleja, por cuanto, el caso que le diera origen había atravesado por muchas instancias e incidencias. Así, inicialmente el ciudadano José Daniel Bello había solicitado ante un Juzgado de Municipio calificación de despido, reenganche y salarios caídos, lo cual fue declarado con lugar. La parte de-

4 Expediente n° 04-0209.

mandada apeló contra la decisión, la cual fue declarada sin lugar por un Juzgado de Primera Instancia Agraria y del Trabajo. La empresa afectada intentó acción de amparo constitucional contra la decisión denegatoria de su derecho ante un Juzgado Superior Civil, Mercantil, Del Tránsito, Del Trabajo y de Menores que lo declaró con lugar. El apoderado judicial del trabajador apeló de la decisión y la Sala Constitucional, en fecha 20 de febrero de 2003, declaró sin lugar la apelación y confirmó la sentencia apelada.

Ahora bien, en fecha 21 de julio de 2003 un Juzgado de Primera Instancia Agraria y del Trabajo declaró con lugar la apelación ejercida por la empresa y sin lugar la calificación de despido, reenganche y pago de salarios caídos por considerar que había quedado demostrada la existencia de un contrato de trabajo por tiempo determinado. El trabajador intentó acción de amparo constitucional en contra de la decisión del Juzgado de Primera Instancia, por estimar que la actividad desplegada por la juez incumplía el artículo 49 de la Constitución en sus numerales 3 y 4 al no motivar la sentencia, en concordancia con lo dispuesto en el ordinal 4º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil. Igualmente alegó que el agravante no le había dado valor probatorio a la declaración de tres testigos, a pesar de que el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil establece que “dos testigos hábiles y contestes hacen plena prueba”. Así mismo denunció la inaplicación del artículo 77 de la Ley Orgánica del Trabajo, por lo cual solicitó la nulidad de la sentencia. El Juzgado Superior Primero del Trabajo que conoció del amparo lo declaró inadmisibile, por lo cual el abogado accionante en amparo apeló de la decisión fundamentándose no sólo en que la misma demostraba poca acuciosidad sino también que no había analizado el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo.

La decisión de la Sala Constitucional se pronunció sobre los siguientes aspectos:

- 1.- Constató que el objeto de la decisión era una apelación en materia de amparo.
- 2.- Que la violación denunciada era la presunta infracción de los derechos al debido proceso y a la defensa por parte de la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Agrario y del Trabajo por haber sido alegado la falta de motivación de la sentencia y el incumplimiento de algunas normas procesales.
- 3.- Visto lo anterior, la Sala estimó la sala que resultaba evidente que lo planteado por el accionante “*no es más que su inconformidad con el criterio aplicado por el tribunal de alzada, ya que a través de la solicitud de amparo constitucional, el accionante pretende que se verifique, si efectivamente, el referido órgano jurisdiccional incurrió en uno de los vicios procesales al dictar su decisión*”.
- 4.- Igualmente, por cuanto la parte actora había cuestionado la actuación del juez al señalar que no aplicó determinadas normas y así como la valoración de determinadas pruebas, la Sala, apoyándose en su sentencia del 31 de mayo de 2001 (Caso *José González Castellanos*) recordó que la acción de amparo constitucional no es el medio para revisar criterios de estricto orden jurisdiccional que corresponden a los jueces de mérito. El juez goza de cierta autonomía al momento de decidir conforme a su amplia facultad de valoración del derecho aplicable al caso sometido a su análisis. Por ello tal autonomía aplicado por el juez en su decisión, no puede ser objeto de revisión por la vía de amparo constitucional. Por todo lo anterior estimó que la acción de amparo propuesta debía ser declarada improcedente.
- 5.- Consideró la Sala que en la sentencia apelada el juez superior erró al declarar inadmisibile la acción de amparo constitucional. Explicó que debía distinguirse entre la inadmisibilidat y la improcedencia *in limine litis*, por lo que consideró necesario reiterar su criterio de que es inoficioso y contrario a los principios de celeridad y economía pro-

cesal, sustanciar un procedimiento cuyo único resultado final es la declaratoria sin lugar, para lo cual, de verificarse su improcedencia durante el estudio de la admisión de la acción, la misma podía declararse *in limine litis*.

6.- Insistió la Sala en señalar que es diferente la improcedencia *in limine litis* a la inadmisibilidad de la acción, que se configura cuando se da alguno de los supuestos establecidos en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo o cuando no se cumple con alguno de los requisitos que prevé el artículo 18 *ejusdem*, o cualquier otro supuesto de inadmisibilidad previsto expresamente por dicha ley.

Recordó la Sala que la declaración *in limine litis* va dirigida únicamente a la improcedencia mientras que la inadmisibilidad puede ser revisada en cualquier estado y grado de la causa por obedecer a causales de orden público o a vicio esencial.

7.- La Sala Constitucional declaró así improcedente *in limine litis* la acción de amparo interpuesta por el actor y confirmó la decisión apelada.

Voto salvado del Magistrado Antonio J. García García

Para el disidente era necesario que la Sala no se atuviera al texto del numeral 5° del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, así como de lo que se desprende del conjunto de la ley por las siguientes razones:

1. Cuando una nueva ley regula *ex novo* una institución, se presume que en ese nuevo orden están recogidas todas las experiencias normativas vinculadas al precepto, por lo que el operador jurídico no puede defender la subsistencia del orden modificado, salvo que se trate de cuestionar la constitucionalidad del dispositivo. Agrega el disidente que *“la interpretación debe seguir la línea futurista del legislador: si modificó la institución -lo que también comprende omitir figuras- es porque ese es el orden que el legislador quiere que exista y debe ser el orden que el operador tiene que aplicar”*. Indica que es un principio de derecho que el ejercicio de una competencia por un tribunal requiera de una habilitación expresa del legislador, por lo que, si la Asamblea Nacional hubiese querido que la distribución de competencias en materia de amparo constitucional continuase operando como hasta la entrada en vigencia de la ley sucedía, *“con no hacer señalamiento alguno a la materia tenía, pues la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en nada regulaba, como es cronológicamente lógico la materia de amparo constitucional, lo que hacía su mención en la novísima ley innecesaria, ya que en ese caso se seguiría aplicando lo dispuesto en la Ley Orgánica de Amparo, así como en las sentencias dictadas en esa materia por la Sala”*.

2. No sucedió en la forma expresada, indica el Magistrado, sino que le legislador hizo mención al amparo constitucional ejercido ante el Supremo Tribunal, distribuyendo la competencia en un sentido muy distinto al interpretado por la mayoría sentenciadora que declaró la competencia de la Sala, asumiendo que el numeral 5 del artículo 5 regula dos tipos de acciones distintos.

3. Para la mayoría sentenciadora la norma del ordinal 5 del artículo 5 contempla simultáneamente la apelación de cualquier sentencia de amparo constitucional dictada por los juzgados superiores y el amparo autónomo contra los fallos dictados por esos juzgados cuando decidan en primera instancia sobre la acción de reclamo para garantizar el derecho humano a replica y rectificación o para proteger el derecho al honor, a la vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad, etc.

4. La postura de la Sala para el disidente no se compadece con lo estatuido en el numeral 20 del artículo 5 conforme al cual, la Sala es competente para conocer las apelaciones de las sentencias dictadas por los tribunales contencioso administrativos, cuando su conocimiento no estuviera atribuido a otro tribunal con ocasión a la interposición de acciones autónomas de amparo constitucional.

5. Si la intención del legislador hubiese sido preservar la competencia de la Sala para conocer en segunda instancia de las sentencias dictadas con ocasión de todos los amparos constitucionales, no habría especificado sobre que materias era competente, como lo hizo en los numerales 5 y 20 del artículo 5 de la ley.

6. Insiste en señalar que si se observa como se imbrica bajo la nueva ley el amparo constitucional y la revisión extraordinaria, se evidencia que procesalmente no tiene razón de ser que el legislador haya ampliado la posibilidad de que los ciudadanos soliciten la revisión constitucional de un fallo para otorgarles simultáneamente la posibilidad de que questione ese mismo fallo a través del amparo. La tesis que defiende la sentencia lleva a una duplicidad de mecanismos para tutelar el mismo objeto, lo que no se compadece con la intención del legislador de modificar, seguramente en aras de la celeridad, los instrumentos con los cuales cuenta la Sala para garantizar la supremacía de la Constitución.

7. No puede perderse de vista que el mayor número de amparos constitucionales que cursan ante la Sala son de segunda instancia, por lo cual los que conoce en única instancia son tramitados con lentitud, perdiendo el amparo su naturaleza expedita.

8. Estima el disidente que para paliar tal circunstancia el legislador recogió los criterios jurisprudenciales de la Sala en materia de revisión extraordinaria, consolidando a dicha institución como el mecanismo ideal para revisar los fallos, atendiendo a la clara ventaja que ello representa de consolidarse dicha institución como una figura similar al *certiorari* originario del *common law*.

9. Plantea así el disidente, una proposición relativa a las competencias de las salas en materia de amparo constitucional en la siguiente forma:

a. Amparos autónomos y cautelares, mientras que las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia sólo conocen de los cautelares, no en razón de la Ley del Tribunal Supremo, sino por la previsión genérica del amparo como medida provisional contenida en la Ley de Amparo.

b. Los amparos autónomos están circunscritos a dos casos: las que se ejercen contra funcionarios y órganos de rango constitucional y los que se ejercen contra sentencias.

c. Las acciones de amparo contra sentencias, a su vez, sólo están dispuestas en dos casos: contra sentencias de los tribunales contencioso administrativos y contra las sentencias de los tribunales que deciden la acción de reclamo.

d. Fuera de los amparos en primera (y única) instancia -es decir, contra las altas autoridades y las sentencias mencionadas- existe la posibilidad de que la Sala Constitucional conozca de amparo por vía de apelación, justamente en los dos casos enumerados (sentencias de tribunales contencioso administrativos y sentencias que deciden la acción de reclamo), con lo que coinciden los supuestos de amparo contra sentencias y apelación de las mismas sentencias. Obviamente, las pretensiones son distintas en uno u otro caso.

e. Las consultas quedan también dentro de la competencia de la Sala sólo para el caso ya mencionado de las sentencias respecto de los cuales cabría apelación ante ella, en aplicación del artículo 35 de la Ley de Amparo, según el cual toda sentencia es consultable si no se apela, dentro del lapso, ante el juez que debería conocer de dicho recurso. La sanción de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia no ha eliminado la posibilidad de consulta, pese a no decir nada al respecto; sólo ha precisado cuáles son los supuestos de apelación. Si la Sala es tribunal de apelación en los dos casos señalados -y sólo ellos- será también tribunal para las consultas correspondientes.

f. La enumeración anterior trae importantes consecuencias: No cabrá ante el Tribunal Supremo de Justicia más amparos autónomos que los mencionados: contra los funcionarios de rango constitucional, sea por acción u omisión; y contra las sentencias en el caso especialísimo -y novedoso- de la acción de reclamo y contra las sentencias de los tribunales contencioso administrativos. Con ello, no existe posibilidad de amparo contra sentencias de otros tribunales, cualquiera que sea el ámbito de sus competencias.

g. No cabrá apelación sino contra las sentencias enumeradas, esto es las relativas a los casos de la acción de reclamo y de los fallos de los tribunales contencioso administrativos.

h. Excepción hecha de los casos expresamente dispuestos, la Sala Constitucional no debió conocer de apelación (y consulta) respecto de ninguna sentencia de tribunales superiores.

i. Tampoco procedería la apelación de sentencias de amparo ante la Sala Político Administrativa, aunque esa Sala sí pueda ser vista como tribunal superior en ciertos casos, porque los que le hubieran correspondido (el de los tribunales contencioso administrativos) han sido atribuidos a esta Sala Constitucional.

D. Control de la Constitucionalidad de los actos de rango legal de la Asamblea Nacional

La competencia señalada en el título está prevista en el ordinal 6° del artículo 5, el cual señala:

Ordinal 6°: “Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con la Constitución de la República, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República, determinando expresamente sus efectos en el tiempo”.

El objeto de la norma es el recurso de la nulidad por inconstitucionalidad contra:

- A. Leyes nacionales;
- B. Actos parlamentarios sin forma de ley.

No puede menos que calificarse como irrelevante el señalamiento de la norma de que operaba en el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, por cuanto el hecho de que el objeto del recurso sea la *nulidad* por inconstitucionalidad del acto impugnado ya significa el ejercicio del “control concentrado”, ya que ese tipo de efectos está *concentrado* en la Sala Constitucional. No lo detenta ningún otro tribunal.

E. Ordinal 7º: Nulidad de las Constituciones y leyes de los entes territoriales menores

El ordinal 7º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia señala como facultad de la Sala Constitucional:

“Declarar la nulidad total o parcial de las constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados, Municipios y Distrito Capital, dictado en ejercicio directa o inmediata de esta Constitución y que colidan con ella, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad.

La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República y en la Gaceta Oficial Estatal o municipal que corresponda, determinando expresamente sus efectos en el tiempo”

Llama la atención que, al igual que en el ordinal 6º antes comentado, se haga el señalamiento de que la facultad anulatoria debe ejercerse “*mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad*”. En efecto, ese señalamiento es tautológico. Al acordarse la facultad, se está atribuyendo el poder concentrado sin necesidad de que ello se indique en forma expresa. Esta facultad contenida en el ordinal 7º equivale a lo dispuesto en el artículo 336 ordinal 2º de la Constitución.

Es conveniente señalar que las “Constituciones” de los Estados tienen en el texto del 99 un rango que se equipara a la ley formal, por cuanto, son actos de ejecución inmediata del mismo⁵. No puede decirse lo mismo de los restantes entes territoriales (Distrito Capital, dependencias federales, territorios federales y municipios).

Una sentencia de la Sala Constitucional se refiere específicamente a esta facultad. Se trata de la decisión de fecha 22 de julio de 2004, caso *Licorerías Unidas C.A.* expediente 02-2916, en ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando. Se trató de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra el Clasificador de Actividades Económicas de la Ordenanza de Impuestos sobre Patentes de Industrias, Comercios y Servicios Conexos, con respecto al cual la Sala se declaró competente para su conocimiento y decisión.

F. Nulidad de leyes delegadas

El ordinal 8º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece como facultad de la Sala Constitucional:

Ordinal 8º: “Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con la Constitución de la República, mediante el ejercicio de control concentrado en la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República”.

De lo que se trata es de la facultad de la Sala Constitucional de declarar la nulidad de los decretos dictados por el Ejecutivo Nacional con fuerza de ley, es decir, de las leyes delegadas porque han sido dictadas con base y en virtud de una ley habilitante. Esta facultad equivale en la Constitución del 99 a lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 336.

Al efecto, no podemos menos que recalcar el calificativo de “*leyes delegadas*” expresada en el título. En efecto, la potestad normativa del legislador había sido considerada como indelegable. Incluso, era casi in axioma inmodificable el carácter no delegable de las funciones normativas del legislador.

5 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 164 ord. 1º.

La Constitución vigente sin embargo no encontró ningún obstáculo en utilizar el término “delegación”, para aludir a las facultades que la Asamblea Nacional puede ceder al Ejecutivo. En efecto, cuando encontramos en el artículo 203 último aparte, el señalamiento de que las *leyes habilitantes* establecen las *directrices, propósito y marco* “de las materias que se delegan al Presidente de la República con rango y valor de ley”, nos damos cuenta que desapareció el temor reverencial sobre el Poder Legislativo que existió durante mucho tiempo, que impedía calificar a los decretos-leyes regulares, dictados por el Presidente de la República, como una forma de *legislación delegada*. En efecto, en la Constitución de 1961 cuando se aludía (artículo 190 ordinal 8º) a la posibilidad de que el Ejecutivo regulase materias de reserva legal mediante decretos, se hablaba de “*habilitación*”. En efecto, era una habilitación lo que el legislador le otorgaba al Ejecutivo mediante la llamada ley habilitante. Era una habilitación, porque la Constitución estaba facultando al Presidente para que en casos en que así lo exigiese el interés público, pudiese dictar medidas en un sector claramente determinado en zonas en principio infranqueables, como lo eran, la económica y financiera. En consecuencia, el Ejecutivo tenía la facultad de atender a las necesidades urgentes en el *campo económico-financiero*, dictando “*medidas*” para atender a situaciones, que había que pensar que necesariamente, eran de *urgencia* o de *necesidad extrema*. De allí que tal facultad estaba implícita en la función del gobernante, que sólo exigía para *activarse*, de la presencia de una ley expresa a la cual la práctica -no la Constitución-, le dio correctamente el término de “*ley habilitante*”. Esta ley operaba así, como un verdadero y propio *acto-condición*, destinado a *activar* una facultad preexistente.

En la Constitución del 99 no hay *límite material temporal* para el otorgamiento de las facultades legislativas extraordinarias (las cuales ni siquiera se pueden calificar de extraordinarias, porque corresponden a todas las materias posibles que interesen al ordenamiento jurídico: régimen de las tierras, de la pesca; y los regímenes organizativos más variados) como tampoco, una *razón temporal justificante* (no se exigen *motivos de urgencia ni de interés público*). Lo más relevante por otra parte es que no hay duda alguna de que “*las medidas*” a las cuales aludía el artículo 190 ordinal 8º de la Constitución del 61, que la dinámica de los sucesos políticos transformó en leyes, ya no merecen al ambiguo nombre de *medidas*, sino que son calificados en forma expuesta por la Constitución como poseedores de “*rango y valor de ley*”.

La redacción del ordinal 9 del artículo 5 se presenta -a nuestro juicio- como un acertijo porque la disposición alude a los actos dictados por cualquier órgano en ejercicio del Poder Público. En efecto, el ordinal 9º del artículo 5 contiene dos supuestos: a) el primero es la declaratoria de nulidad de los actos dictados *por cualquier órgano en ejercicio del poder público*; b) el segundo supuesto alude a los actos dictados *en ejercicio directo e inmediato de la Constitución*.

Es decir que, lo que se controla es, o el acto de cualquier autoridad pública -y éstas pueden ser territoriales como institucionales-, siempre que pueda ser calificada como órgano público y sus titulares como funcionarios públicos. Lo anterior extiende la competencia enormemente. En efecto, se trataría de un amplísimo campo de acción que comprendería a todos los ámbitos de los poderes públicos.

El segundo supuesto, por el contrario, contiene una noción más restringida porque se trataría de los actos dictados por un órgano en ejercicio directo e inmediato de la Constitución, es decir que se trataría solo de los actos denominados “de rango legal” que son: la ley formal y los actos asimilados a la ley formal. Estos actos asimilados a la ley formal son: los tratados; los actos parlamentarios sin forma de ley, los actos de gobierno y

los actos que en forma expresa la Constitución le atribuye a determinados órganos públicos como es el caso de la facultad que asigna al Consejo Nacional Electoral - órgano máximo del Poder Electoral-, para dictar directivas vinculantes en materia de financiamiento y publicidad político-electoral (art. 292 ordinal 3°). En el mismo sentido el Tribunal Supremo de Justicia tiene facultad para dictar actos con rango y fuerza de ley y las constituciones de los Estados son actos de ejecución inmediata de la Constitución.

Como puede apreciarse la segunda posibilidad cubre un universo muy concreto, a diferencia del primer supuesto. Estimamos que, ha debido existir un error en la redacción cuando estableció la fórmula disyuntiva para crear dos tipos diferentes de supuestos, cuando por el contrario, la lógica indica que ha debido referirse a un supuesto único que es el de los *actos dictados por cualquier órgano en ejercicio del poder público en ejecución directa e inmediata de la Constitución*. Solo en esta forma la disposición tiene sentido.

G. Ordinal 9: Nulidad de los actos dictados por cualquier órgano del Poder Público que colidan con la Constitución

La facultad acordada en el ordinal 9° del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es una innovación del legislador que le acuerda a la Sala Constitucional “*declarar la nulidad total o parcial de los actos dictados por cualquier órgano en ejercicio del Poder Público o en ejercicio directo e inmediato de la Constitución de la República cuando colidan con ésta y que no sean reputables como actos de rango legal*”.

Es así como la Sala Constitucional pasó en virtud de esta norma a controlar los actos administrativos y, en general todos los actos de rango sub legal cuando los mismos sean impugnados de inconstitucionalidad.

H. Ordinal 10°: Verificación de la conformidad de los tratados con la Constitución antes de su ratificación

El ordinal 10° del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, señala como facultad de la Sala Constitucional:

“Verificar a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional la conformidad con la Constitución de los Tratados Internacionales suscritos por la República antes de su *ratificación*”.

La facultad contenida en la norma transcrita no hace otra cosa que recoger la prevista en el ordinal 5° del artículo 336 de la Constitución que también posee el carácter de disposición novedosa en nuestro sistema, por lo cual conviene puntualizar sus supuestos así:

Iniciativa de la acción: Del Presidente de la República o de la Asamblea Nacional.

Objeto de la Acción: Tratados internacionales suscritos por Venezuela, antes de que sean ratificados.

Fin: Conformidad de los tratados con la Constitución.

Recordemos al efecto que el *iter* de formación de los tratados internacionales es el siguiente:

1. *Negociación* que, de ser un tratado nuevo, es la fase en que se asientan sus bases y, en cuanto que, de tratarse de un acuerdo ya concertado al cual Venezuela desea adherirse, constituye el momento en que se determinan los términos de tal adhesión.

2. *Celebración* que está constituido por la suscripción del texto del convenio, acuerdo o tratado, o de su adhesión al mismo.

3. *Aprobación* que es el acto interno de incorporación del tratado o acuerdo en el ordenamiento jurídico. Al efecto la aprobación puede hacerse mediante ley aprobatoria (acto del legislador) o mediante decreto presidencial (acto del Ejecutivo).

4. *Ratificación* que es la comunicación que el Estado hace al Secretario del acuerdo o al país o países signatarios, a través de sus órganos competentes, de su sometimiento al texto. Para la doctrina venezolana el “Estado solo queda comprometido en virtud de la ratificación, de tal modo que en tanto no haya sido otorgado no existe propiamente sino un proyecto de tratado⁶.”

5. *Publicación* que es su inserción en la *Gaceta Oficial* de la República

6. *Canje de notas*, esto es la entrega de las actas de notificación y el acuse de recibo correspondiente.

7. *Registro del tratado*. Se trata de un requisito exigido en el art. 102, aparte 2º de la Carta de las Naciones Unidas que establece que todo tratado deberá ser registrado en la oficina de dicha organización, sin lo cual no podrá ser invocado ante los organismos dependientes de la misma.

I. Ordinal 11º. Control de Decretos sobre estados de excepción

El ordinal 11º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece que es facultad de la Sala Constitucional:

Revisar en todo caso, aún de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren la existencia de estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.

El decreto debe ser presentado a la Asamblea y a la Sala Constitucional dentro de los ocho días siguientes a su promulgación. La Sala puede revisar de oficio el decreto, tal como lo señala el ordinal 6º del artículo 336, en concordancia con el 339.

Debemos señalar al efecto que los decretos que declaren la existencia de los estados de excepción se califican como actos de gobierno con valor normativo, por lo cual pertenecen a la categoría de los actos asimilados a la ley formal, ya que son de ejecución inmediata de la Constitución. El hecho de que exista una ley sobre la materia, no hace que los decretos tengan rango sub-legal, ya que todo el dispositivo básico que los regula se encuentra en la normativa constitucional, así la tipología, los efectos y los controles.

Justamente, la facultad que acabamos de señalar de la Sala Constitucional forma parte de tales controles que han sido clasificados en *internos*, esto es, los que derivan de los organismos del Estado venezolanos y *controles internacionales* que, a su vez derivan de órganos externos. Por lo que atañe a los controles internos, los mismos se efectúan por diferentes vías: *en primer lugar*, está el control parlamentario que corresponde efectuarlo a la

6 LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Décima segunda edición, p. 72.

Asamblea Nacional; *en segundo lugar* el control jurisdiccional que está atribuido por una parte, a la jurisdicción constitucional a cargo de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y, por otra parte, a los jueces que posean competencia en materia de amparo constitucional cuando conocen de las acciones de tal índole.

Por lo que atañe al control de la Sala Constitucional el decreto que declare el estado de excepción, su prórroga o aumento del número de garantías restringidas, será remitido por el Presidente de la República a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los ocho días continuos siguientes a aquel en que fue dictado, a los fines de que ésta se pronuncie sobre su constitucionalidad. Así mismo la Asamblea Nacional deberá enviar a la Sala Constitucional el acuerdo mediante el cual hubiese aprobado el decreto relativo al estado de excepción. Si el Presidente de la República o la Asamblea Nacional no cumplieren con su deber de hacer el envío a la Sala Constitucional ésta deberá pronunciarse de oficio.

La Sala Constitucional deberá decidir sobre la constitucionalidad de los decretos de excepción en los diez días continuos contados a partir del recibo de la comunicación del Presidente de la República o del Presidente de la Asamblea Nacional, o bien, al vencimiento del lapso de ocho días establecido para la remisión.

Los Magistrados de la Sala Constitucional incurrirán en responsabilidad disciplinaria, pudiendo ser removidos de sus cargos, si no se pronunciaren dentro del lapso de los diez días precedentemente aludido. La Sala omitirá cualquier pronunciamiento si la Asamblea o la Comisión Delegada desaprueban el decreto.

Los interesados pueden hacerse parte en el procedimiento del recurso durante los cinco primeros días del lapso del cual dispone la Sala Constitucional para sentenciar. Podrán al efecto tales interesados, consignar ante la Sala Constitucional los alegatos y elementos de convicción que sirvan para demostrar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del decreto objeto de tal procedimiento. La Sala admitirá los alegatos y elementos de prueba que resulten pertinentes y rechazará los que no lo sean. Contra esta decisión no se admitirá recurso alguno. La Sala Constitucional decidirá dentro de los tres días continuos siguientes a aquél en que se haya pronunciado sobre la admisibilidad de los alegatos y las pruebas presentadas por los interesados.

La decisión de la Sala Constitucional puede declarar la nulidad total o la nulidad parcial del decreto que versa sobre el estado de excepción, bien sea sobre su declaratoria, su prórroga o el número de garantías restringidas. Esta nulidad tendrá que fundarse en el incumplimiento de los principios de la Constitución; de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción. La nulidad declarada tendrá efecto retroactivo (*ex tunc*) por lo cual la Sala Constitucional deberá restablecer inmediatamente la situación jurídica general infringida, anulando todos los actos dictados en ejecución del decreto, sin perjuicio del derecho de los particulares de solicitar el restablecimiento de la situación jurídica individual y de ejercer otras acciones.

Señala la ley que, en el procedimiento de examen de la constitucionalidad del decreto por parte de la Sala Constitucional, todos los días y horas serán hábiles.

J. Ordinal 12°. Control de la inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo (Nacional, Estatal y Municipal)

Desarrolla el ordinal 12° del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la figura de la *inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo*, en la siguiente forma:

“Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo, Municipal, Estatal o Nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y de ser necesario, los lineamientos generales esenciales para su corrección, sin que ello implique usurpación de funciones de otro órgano del Poder Público o extralimitación de atribuciones de las Salas competentes”.

Esta norma ha sido tomada del ordinal 7° del artículo 336 de la Constitución, que ha sufrido un añadido importante y es el de que, una vez que se enuncia la facultad de establecer el plazo para que sean dictadas las normas, así como los lineamientos generales esenciales en las mismas, se agrega lo siguiente: “*sin que ello implique usurpación de funciones de otro órgano del Poder Público o extralimitación de atribuciones de las salas competentes*”. No podemos menos que señalar cuan superflua resulta la disposición precedentemente transcrita. En efecto, si una norma legal en forma expresa prevé una determinada actuación, la misma no puede constituir ni usurpación, ni extralimitación de atribuciones.

La primera de las figuras mencionadas, se plantea cuando se ostenta el ejercicio de un poder del cual no se está investido, y la segunda, cuando existe un acceso en los límites de una facultad acordada.

La primera no podría darse en este caso en que hay una previsión legal para el ejercicio de la facultad y, la segunda dependerá de la forma en que tal ejercicio se produzca.

K. Ordinal 13°. Control de la inconstitucionalidad por omisión de los restantes órganos que ejercen el Poder Público de rango nacional

La facultad que se enuncia no es otra que la del conocimiento de la acción de carencia contra cualquier autoridad de ámbito nacional, cuando la falta de actuación derive del incumplimiento de un deber constitucionalmente establecido.

“Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones de cualquiera de los órganos que ejercen el Poder Público de rango nacional respecto a las obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución de la República”.

La norma constituye una novedad al extender el control de la inconstitucionalidad por omisión (prevista en el ordinal 7° del artículo 336 de la Constitución) a cualquier órgano público nacional. Ya existía en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia la acción de carencia contra las autoridades nacionales, pero la misma tenía por objeto un control de ilegalidad por lo cual su competencia le fue atribuida a la Sala Política Administrativa. Al efecto, la Sala continúa teniendo la competencia en la forma prevista en el artículo 5 ordinal 26° *ejusdem*, que establece la competencia de dicho organismo para: “*Conocer de la abstención o negativa del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva o Ministros o Ministras del Ejecutivo Nacional, así*

como de las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional, con autonomía funcional, financiera y administrativa y del Alcalde del Distrito Capital a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las leyes”

L. Ordinal 14°. Resolver las colisiones entre leyes

La Ley del Tribunal reitera la facultad constitucional de la Sala de conocer de los recursos de colisión de leyes. Señala al efecto como atribución jurisdiccional:

“Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer”.

El ordinal 14° *ejusdem* repite así lo dispuesto en el ordinal 8° del artículo 336 de la Constitución relativo a las colisiones de leyes, facultando a la Sala para que declare cuál de ellas debe prevalecer.

Cabe preguntarse si este recurso de colisión ¿es para un caso específico o para todos los posibles?. Así mismo, ¿Puede declararse la nulidad de alguna de las normas que contrastaban, o la función del fallo es sólo, señalar la que debe aplicarse preferentemente para un caso específico? Esta última solución pareciera la más correcta, ya que la norma de colisión no se extingue, sino que simplemente va a ser *inaplicada* frente a la otra norma. De allí que sobrevive en el ordenamiento jurídico con las restantes disposiciones que lo conforman.

LL. Ordinal 15°. Dirimir controversias constitucionales entre órganos del Poder Público

Se establece la facultad de la Sala de pronunciarse en caso de que existan controversias entre los órganos del Poder Público, al señalar como atribución de la misma la de:

“Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualquiera de los órganos del Poder Público”.

La facultad expresada en la norma transcrita, que es idéntica a la contenida en la Constitución del 99, resulta también paralela a la de la Sala Política Administrativa sobre la misma materia, con la diferencia de que las controversias que esta última dirime *son administrativas*, en cuanto que las de la Sala Constitucional tutelan el acatamiento de los principios del Texto Fundamental. Sobre esta situación ya hay jurisprudencia de la Sala Constitucional⁷.

⁷ V., sentencia del 08 de junio de 2004, (caso *Gobernación del estado Apure contra la República Bolivariana de Venezuela*) (expediente 03-0725), bajo ponencia del Magistrado José Manuel DELGADO OCANDO, en el cual estableció que las controversias administrativas que se creen entre la República, algún estado, municipio u otro ente público, si la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, cuando tiene carácter de controversia administrativa, es decir, cuando las autoridades político-territoriales actúen en el cumplimiento de las atribuciones que la ley les confiere, son controversias administrativas que escapan en consecuencia al supuesto del ordinal 15° del artículo 5.

M. Ordinal 16°. Recurso de revisión de las sentencias de amparo y control difuso

“Revisar excepcionalmente la sentencia definitivamente firme, de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad, de leyes o normas jurídicas dictadas por los demás tribunales de la República”.

La facultad antes señalada alude a la prevista en el ordinal 10° del artículo 336 de la Constitución, refiriéndose a la posibilidad de la Sala Constitucional de revisar las sentencias de cualquier tribunal. En nuestra opinión no es este el ordinal en el cual se basaría el recurso de revisión contra las sentencias dictadas por las otras salas, ya que el mismo está expresamente contemplado en el ordinal 4° del artículo 5, precedentemente analizado, en el cual se establecen supuestos muy concretos y específicos.

Con relación a la facultad contenida en la norma transcrita, ya la Sala Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse, entre otras oportunidades, en la sentencia de fecha 16 de junio de 2004 (expediente 03-1909/03-2527), en el caso *Norconsult Telematics LTD vs. Tin International. N.V y corporación Digitel, C.A.*, en ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, señalando que el juez no sólo está facultado para conocer de la solicitud de revisión sino que, incluso, puede actuar de oficio, y está obligado a hacerlo en resguardo de la constitucionalidad cuando hubiese sido inaplicada una norma.

Se señala en este fallo lo siguiente: “la revisión no constituye una nueva instancia y su finalidad no es la revocatoria o reforma o anulación de una decisión, sino el mantenimiento de la uniformidad en la interpretación de los principios y normas constitucionales, y en el presente caso la solicitud de oficio es procedente, ya que estamos frente a una decisión definitivamente firme, donde se desaplicaron normas contenidas en el Código de Comercio, con efecto solo en el caso concreto, cuya aplicación o desaplicación puede vulnerar el orden público constitucional, y cuya inconstitucionalidad, con efectos vinculantes para las demás Salas y todos los tribunales de la República, solo puede ser pronunciada por esta Sala, la única con atribución constitucional para tal pronunciamiento, tal como lo dispone el numeral 6 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela .

Por las razones que preceden se reitera que, no sólo el juez puede revisar las sentencias definitivamente firmes en las cuales, en resguardo de la constitucionalidad, des-aplique una norma, sino que está obligado a ello...”

N. Ordinal 17°: Conocer del carácter orgánico de las leyes así como de los decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente de la República

“Conocer antes de su promulgación, de la constitucionalidad del carácter orgánico de las leyes dictadas por la Asamblea Nacional y de los decretos con Fuerza de Ley que dicte el Presidente de la República en Consejo de Ministros, mediante Ley Habilitante”.

Se trata de la calificación de “orgánica” que puede otorgársele a las leyes tanto a las dictadas por la Asamblea como a las que emanan del Presidente de la República, en virtud de la facultad que le acuerde una ley habilitante. Este último punto llena una laguna, ya que el artículo 203, que regula el carácter de “orgánica”, se refiere solo al atribuido a las leyes formuladas. En efecto, la extensión de tal carácter a los decretos con rango y fuerza de ley, e incluso a los reglamentos, es de reciente data.

Ñ. Ordinal 18°. Acción de amparo contra altos funcionarios nacionales en primera y última instancia

“Conocer en primera y última instancia las acciones de amparo constitucional interpuestas contra los altos funcionarios nacionales”.

La facultad señalada deroga el régimen de las competencias en materia de acciones de amparo constitucional, otorgándole a la Sala Constitucional el conocimiento de todas las que sean ejercidas en contra de altos funcionarios nacionales. Corresponderá a la jurisprudencia determinar qué se entiende por “altos” funcionarios nacionales.

Es así como en sentencia de fecha 21 de junio de 2004, la Sala Constitucional, bajo ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, se pronunció sobre el Caso *Juan Carlos Apitz y Perkins Rocha Contreras vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial*⁸, creada de conformidad con el artículo 27 del Régimen de Transición del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente y, reestructurada por el Tribunal Supremo de Justicia, señalando que, de acuerdo con las atribuciones conferidas en la Constitución, dicho organismo se encuentra incluido en el supuesto de la norma. Señaló la Sala que la Comisión aludida posee un rango similar al de los órganos y funcionarios mencionados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en virtud de lo cual goza de rango constitucional -pues fue creada mediante un acto constituyente-, y tiene competencia nacional.

En igual sentido la sentencia de fecha 22 de julio de 2004 bajo ponencia del Magistrado Antonio García García, Caso *Miguel Ángel Moyetones vs. Consejo Nacional Electoral*⁹. En efecto, dicha sentencia señala que al haber sido intentada la acción contra el Consejo Nacional Electoral el mismo se entiende como “uno de los altos funcionarios públicos nacionales a que se refiere el ordinal 178 del artículo 5 de la Ley Orgánica, en virtud de tratarse de un ente de rango constitucional y de competencia nacional”

O. Ordinal 19°. Apelaciones de las decisiones sobre la acción de amparo autónomo dictadas por tribunales contencioso administrativo

“Conocer de las apelaciones de la sentencia dictada por los Tribunales Contencioso Administrativos, cuando su conocimiento no estuviera atribuido a otro tribunal con ocasión de la interposición de acciones autónomas de amparo constitucional”.

Debemos señalar que la facultad aludida en el epígrafe estaba consagrada en el Anteproyecto de la ley con relación a las apelaciones de la “Corte de lo Contencioso Administrativo”. El legislador actualizó la norma que se refería a la Corte Primera, tribunal colegiado compuesto por cinco Magistrados, organismo este, que operaba sobre todo en el campo de lo contencioso administrativo económico (por cuanto conocía de los recursos contra los actos de los entes reguladores), por lo cual se enfrentaba constantemente a las decisiones de la administración nacional. Pensamos que la alusión expresa a dicha Corte era una cuestión meramente coyuntural, por cuanto, en el ordinal 5 está incluida en forma general la apelación contra las sentencias de amparo dictadas por los tribunales superiores, por lo cual bastaba agregar “tribunales superiores y Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso” para adecuarse a los cambios.

8 Expediente 032663.

9 Expediente 04-1173.

Por lo que atañe a la norma objeto de nuestro análisis, debemos mencionar la opinión del Magistrado Antonio J. García García en su voto salvado a la sentencia de la Sala Constitucional de fecha 09 de julio de 2004 en el Caso *José Daniel Bello contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Agraria y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy*¹⁰, precedentemente analizada en la materia relativa a las apelaciones contra las sentencias de amparo.

P. Ordinal 20°: Acción autónoma de amparo contra sentencias de los tribunales contencioso administrativos

“Conocer de las acciones autónomas de amparo constitucional contra las sentencias en última instancia dictadas por los tribunales contencioso administrativos, cuando su conocimiento no estuviera atribuido a otro tribunal”.

En el caso presente cabe la misma observación que hiciéramos con respecto del ordinal 19° ya que el supuesto cabe dentro del contenido del ordinal 5° *ejusdem*.

Q. Ordinal 21°. Solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad con base a lo previsto en el artículo 214 de la Constitución

“Conocer de la solicitud de pronunciamiento efectuado por el Presidente de la República sobre la inconstitucionalidad de las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional de conformidad con lo previsto en el artículo 214 de la Constitución Nacional”.

Para ubicarnos en el momento en que es requerida la actuación de la Sala Constitucional, debemos recordar el procedimiento de puesta en vigencia de las leyes y al veto presidencial, el cual opera en la siguiente forma según el exhortado artículo 214:

1.- El Presidente de la República debe promulgar la ley dentro de los diez días siguientes a su recibo de la Asamblea Nacional; 2.- El Presidente de la República puede, con acuerdo del Consejo de Ministros, solicitar de la Asamblea Nacional: a) la modificación de la ley; b) el levantamiento de la sanción de la ley total o parcialmente; 3.- La Asamblea estudia las solicitudes del Presidente de la República y decide por mayoría absoluta, devolviendo la ley al Presidente de la República para su promulgación; 4.- Al recibir la ley, el Presidente de la República debe promulgarla dentro de los cinco días siguientes, sin poder formular nuevas observaciones; 5.- Si el Presidente de la República considera que la ley es inconstitucional puede solicitar el pronunciamiento de la Sala Constitucional; 6.- La Sala Constitucional debe decidir en los 15 días siguientes de la solicitud presidencial sobre la constitucionalidad de la ley; 7.- Si Sala niega la existencia de la inconstitucionalidad, o no decide dentro del lapso previsto, el Presidente de la República debe promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de los cinco días aludidos.

De allí que la competencia de la Sala deriva de la facultad del Presidente de la República de solicitar el pronunciamiento de la Sala si estima que la ley con respecto a la cual formuló observaciones que fueron rechazadas por la Asamblea Nacional, está viciada de inconstitucionalidad.

10 Exp. 04-0209.

R. Ordinal 22°. Examinar la constitucionalidad de las normas desaplicadas por otra Sala del Tribunal con base al control difuso

“Efectuar en Sala Constitucional examen abstracto y general sobre la constitucionalidad de una norma previamente desaplicada mediante control difuso de la constitucionalidad por una Sala del Tribunal Supremo de Justicia, absteniéndose de conocer sobre el mérito y fundamento de la sentencia pasada con fuerza de cosa juzgada”.

Podemos hacer con respecto a la norma los siguientes comentarios:

Se trata de una nueva disposición insertada en el régimen de control de la constitucionalidad existente.

De conformidad con el dispositivo examinado, cualquier decisión de las restantes salas en las cuales se inaplique una norma, será objeto de revisión por parte de la Sala Constitucional, por lo que atañe a la constitucionalidad de dicha medida.

La Sala Constitucional no conocerá ni del mérito ni del fundamento de la sentencia que esté dotada de la fuerza de la cosa juzgada.

Hay que preguntarse ¿Qué pasa entonces con la sentencia, si la inaplicación es declarada inconstitucional? Creemos que hay que distinguir si la sentencia produjo cosa juzgada o no, tal como deriva del examen que hemos efectuado. En efecto, se impone la obligación legal a cada Sala del Tribunal Supremo de Justicia de informar a la Sala Constitucional de la práctica del control difuso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 párrafo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. El artículo 5.4 señala lo siguiente: *“de conformidad con el numeral 22 de este artículo cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia haga uso del control difuso de la constitucionalidad, únicamente para un caso concreto, deberá informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación adoptada para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión, absteniéndose de revisar el mérito y alcance de la sentencia dictada por la otra sala, la cual seguirá conservando fuerza de cosa juzgada. En caso de que el examen abstracto de la norma comporte la declaratoria total o parcial de su nulidad por inconstitucional, la sentencia de la Sala Constitucional deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República y en la Gaceta Oficial del estado o municipio de ser el caso”*.

De allí que pensamos que la sentencia que ejerció mal el control difuso podría ser anulada si el interesado hubiese ejercido el recurso de revisión. Igualmente es posible que dicho recurso se ejerza una vez dictado el fallo que declara la nulidad total o parcial de la norma que fuera objeto del control difuso cuando el mismo se hubiese producido sin que mediase el recurso de revisión. En todo caso el problema que se plantea es el de una sentencia que queda firme a pesar de que su fundamento haya estado en la inaplicación de una norma que, de acuerdo con la decisión de la Sala Constitucional no ha debido producirse.

Si la sentencia queda firme la situación será contradictoria, por cuanto será válida a pesar de haber sido anulado su fundamento.

S. Ordinal 23°. Controversia sobre interpretación y ejecución de tratados

“Conocer de las controversias que pudieran suscitarse con motivo de la interpretación u ejecución de los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por la República. La sentencia dictada deberá ajustarse a los principios de justicia internacionalmente reconocidos y será de obligatorio cumplimiento por parte del Estado venezolano”.

Se trata de una norma novedosa que le da la competencia a la Sala Constitucional en materia de Derecho Internacional Privado y en ciertos campos del Derecho Internacional Público.

Esta competencia fue originariamente asignada en el Anteproyecto de la ley, a la Sala Político Administrativa, en el ordinal 37 del artículo 5.

La disposición transcrita ratifica en cierta forma la supraconstitucionalidad de los tratados internacionales consagrados en el artículo 23 de la Constitución, cuando los mismos se refieren a derechos humanos.

§51. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Margarita Escudero León

Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y
Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la justicia constitucional, entendida como los distintos mecanismos judiciales que velan por la supremacía y orden constitucional, consigue su más sólida justificación, a nivel comparado, en ser un instrumento de garantía y efectividad de los derechos humanos. Se ha intentado y muchas veces logrado, a través de mecanismos de justicia constitucional, la inmediata aplicación de los derechos fundamentales, compensando las acciones y omisiones de las otras ramas del Poder Público violatorias o limitantes de dichos derechos. Los Poderes Judiciales de distintos países han dado nuevo significado a los derechos económicos y sociales de los ciudadanos. Asimismo, diversas experiencias en materia de Derecho Comparado demuestran la “creación”, a través de decisiones judiciales, de nuevos derechos no establecidos expresamente en las Constituciones o Cartas Fundamentales.

La existencia de la justicia constitucional consigue su justificación en principios tales como la supremacía constitucional, la necesaria limitación de los poderes públicos y el derecho a una tutela judicial efectiva como garantía de un Estado de Derecho, pero principalmente, en la actualidad, en la protección de los derechos humanos y minorías. Por ejemplo, en los Estados Unidos, país donde nace el control judicial de constitucionalidad de leyes con el fin de asegurar que los legisladores no irrespetaran la voluntad popular contenida en el texto constitucional, este control evoluciona en dicho país hasta convertirse principalmente en un mecanismo de protección de derechos constitucionales.

Es así como a finales del siglo XIX el control judicial de constitucionalidad empieza a ser un instrumento de protección del ciudadano frente al gobierno, concretamente de minorías frente a mayorías que dominaban la rama legislativa. Se suscitó un cambio en el entendimiento de lo que significaba un gobierno justo, que ya no se centraba en cómo establecer la voluntad de la mayoría, sino cómo proteger los derechos de los grupos minoritarios ante la intolerancia de las mayorías. Frente a esta evolución en la concepción de un gobierno justo, los jueces evidentemente pasan a tener un rol preponderante como protectores de los derechos de las minorías frente a las mayorías. Este desarrollo jurisprudencial se cristaliza de forma espectacular en 1954 con el famoso caso *Brown v. Board of Education* en el cual la Corte Suprema declara inconstitucionales las leyes de los Estados del sur que ordenaban la segregación racial en las escuelas públicas.

Es quizás esta nueva justificación del control judicial de la constitucionalidad de las leyes la que permitió su rápida expansión en el siglo XX, por responder a una realidad y necesidad de este siglo. Cualquier declaración de derechos que pretenda ser efectiva tie-

ne que estar garantizada por un mecanismo que haga realidad la voluntad constituyente en esta materia y esto es precisamente la justicia constitucional. Los derechos de las minorías no se ven representados ni protegidos en la ejecución diaria del Poder Público, pues son las mayorías las que dominan la composición de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, estructuras estas que gobiernan el día a día de los ciudadanos. En consecuencia, es evidente la necesidad de proteger los derechos fundamentales de los grupos minoritarios precisamente a través de la rama del Estado que no responde a representatividad alguna de mayorías, como es el Poder Judicial.

Es tal la importancia que la protección de los derechos humanos tiene en la justificación moderna de los mecanismos de justicia constitucional, que me atrevería a decir que se constituye en el principal norte y fin del juez constitucional a la hora de sentenciar. Es más, los propios tratados internacionales de derechos humanos, al establecer la obligación de los Estados de tomar todas las medidas necesarias para garantizar su vigencia, no solo exige el necesario diseño y ejecución de medidas legislativas y administrativas que aseguren su protección, sino que además conlleva la obligación de los jueces de proteger los derechos humanos a través de sus sentencias. Esta protección, a nuestro entender, es de la mayor importancia, visto que precisamente se da como recurso final ante las carencias de los Poderes Legislativo y Ejecutivo en el respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales.

En Venezuela la protección judicial de derechos fundamentales cuenta con un extraordinario abanico de posibilidades. Por una parte, el catálogo de derechos reconocidos a través de la Constitución y los tratados de derechos humanos ratificados por Venezuela y con jerarquía constitucional es muy amplio. Por la otra, recordemos que en nuestro país existen diversos mecanismos de justicia constitucional a través de los cuales se puede garantizar la efectiva vigencia de estos derechos, tales como: (i) la declaratoria judicial de inconstitucionalidad de leyes y actos parlamentarios sin forma de ley, en sus modalidades de control concentrado y control difuso; (ii) la declaratoria judicial de inconstitucionalidad de actos de gobierno y actos administrativos; (iii) la declaratoria judicial de inconstitucionalidad de omisiones, tanto legislativas como ejecutivas; (iv) las acciones de amparo, como principal mecanismo de protección de derechos humanos, mecanismo breve, sencillo y efectivo de protección; (v) diversas acciones relacionadas con el control judicial de constitucionalidad, tales como las acciones por conflictos entre autoridades, los recursos de interpretación (de la Constitución y de la ley), los recursos de revisión de sentencias, los recursos por colisión de leyes y las demandas contra los entes públicos.

Asimismo, los jueces tienen la posibilidad de proteger derechos fundamentales de la población venezolana, indistintamente del tipo de acción judicial que estén conociendo, a través de diversos mecanismos relacionados con el control de constitucionalidad, tales como (i) la jurisdicción normativa, entendida como la facultad que tiene la Sala Constitucional de dictar normas jurídicas transitorias ante la omisión del Poder Legislativo en dictar normas que son necesarias para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales; (ii) y la interpretación de normas constitucionales o legales en la cual se les da a éstas un sentido y alcance distinto al literal contenido en ellas. Es de recordar, además, que nuestra Constitución en su Artículo 31 permite a los ciudadanos dirigir peticiones ante los organismos internacionales con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos, cuando la justicia constitucional del país ha sido insuficiente en dicha protección, constituyéndose en un mecanismo de justicia constitucional internacional.

De lo anterior se desprende que el juez constitucional venezolano cuenta de uno de los más importantes repertorios que a nivel de Derecho Comparado existen en materia de justicia constitucional y en consecuencia de protección de los derechos fundamentales de la población venezolana. Ahora bien, nuestro principal interés en las presentes líneas es hacer una revisión, aunque sea somera, de la actuación del juez constitucional venezolano en lo que respecta a su rol de protector de derechos fundamentales, para lo cual analizaremos algunas sentencias que consideramos efectivamente protectoras de derechos, así como otras que, por el contrario, se constituyen, en nuestro criterio, en sentencias que limitan y restringen el efectivo ejercicio de derechos fundamentales.

II. ACTUACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL QUE PROMUEVE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Creemos que existe una gran cantidad de manifestaciones de justicia constitucional que han logrado una efectiva protección de derechos constitucionales frente a las actuaciones y omisiones inconstitucionales de los Poderes Legislativo y Ejecutivo en esta materia. Veamos algunas de ellas.

1. Derechos económicos, sociales y culturales

Es de especial interés la operatividad, que a través de la justicia constitucional, se le ha dado a algunos de los derechos tradicionalmente denominados prestacionales. La Constitución establece ciertos derechos que exigen principalmente prestaciones efectivas, actuaciones concretas por parte del Estado, para su efectivo goce y disfrute. Es el caso de derechos tales como la salud, la educación o la vivienda. Ha existido un importantísimo debate sobre su verdadera naturaleza de derechos subjetivos que permita su exigencia por parte de los particulares a través de acciones judiciales. Recordemos que comúnmente se ha hecho diferenciación entre los derechos civiles y políticos, como derechos susceptibles de aplicación inmediata -por requerir principalmente obligaciones de abstención por parte del Estado-, como es el caso por ejemplo del derecho a la vida (no matar), del derecho a no ser objeto de tortura (no torturar), etc; y los derechos económicos, sociales y culturales, implementables progresivamente, es decir no sujetos a un resultado sino a la obligación del Estado de poner los medios (económicos, técnicos) que estén a su alcance para lograr el pleno goce de los mismos progresivamente en el tiempo -pues implican obligaciones positivas-, todo lo cual ponía en duda la posibilidad de garantizarlos a través de un control judicial.

En este sentido, creemos necesario recordar que tanto nuestra Constitución en su Artículo 19, como a nivel internacional, se ha reiterado que en materia de derechos humanos no es posible hacer distinciones entre los tipos de derechos, pues existe entre ellos una interrelación o indivisibilidad que se evidencia además en el hecho de que una violación de los derechos económicos, sociales y culturales implica necesariamente una afectación en el ámbito de los derechos civiles o políticos de las personas. Baste con pensar hasta qué punto puede verse afectado el pleno ejercicio de derechos tales como los de participación política o el de libertad de expresión, si se encuentran violentados los derechos a alimentarse, o a educarse o a vivir en una vivienda adecuada.

Es más, las obligaciones que se le imponen a los Estados con ocasión del reconocimiento de derechos fundamentales son idénticas, aunque dependiendo de uno u otro derecho las obligaciones de hacer o las obligaciones de no hacer tengan un peso específico mayor o menor. Así, los derechos fundamentales en general requieren de acciones de respeto por parte del Estado (abstención de obstaculizar disfrute del derecho),¹ acciones de realización (actuaciones que aseguren disfrute del derecho)² y acciones de protección (actuaciones que eviten y castiguen violación del derecho). En este sentido, consideramos que el grado de justiciabilidad de las obligaciones relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales son depende del tipo y naturaleza de la obligación del Estado que estemos analizando.

Las acciones de realización, es decir aquellas actuaciones que el Estado debe realizar para asegurar el disfrute del derecho y que implican utilización de recursos por parte de éste, son precisamente en las que su justiciabilidad es objeto de debate. Sin embargo, la antigua Corte Suprema de Justicia y el actual Tribunal Supremo de Justicia han decidido entender que las obligaciones de actuar que la Constitución impone en resguardo de un mínimo de bienestar para la colectividad se constituyen en verdaderos derechos subjetivos que son amparables judicialmente. Así, y principalmente los derechos sociales, se han considerado como plenamente operativos y exigibles por la vía judicial, siendo que el juez constitucional se encuentra facultado para tomar las medidas necesarias que aseguren la satisfacción de los mencionados derechos. Veamos algunos ejemplos.

En un primer momento, la Corte Suprema de Justicia había señalado que la enunciación de los derechos sociales tenía un carácter programático y preceptivo en el sentido de imponer al Estado la obligación de hacer efectivos tales derechos en forma progresiva.³ Sin embargo, dicha posición inicial se vio sustituida por la de considerar que los derechos sociales tenían carácter operativo, consagrando verdaderos derechos subjetivos, llegándose inclusive a constitucionalizar judicialmente, de acuerdo con el Artículo 50 de la Constitución de 1961 (derechos inherentes a la persona humana no enunciados en texto constitucional), el derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y post natal.⁴

La Sala Político-Administrativa, en sentencia del 8 de agosto de 2000, hizo importantes precisiones sobre la obligación del juez en el aseguramiento de los derechos económicos y sociales. Señala que el Estado Social y de Justicia consagrado en la Constitución de 1999 se obliga a garantizar el efectivo disfrute de dichos derechos, señalando que “es el Poder Judicial dentro del esquema organizativo del Poder Público, el más

1 Esta obligación, que típicamente se identifica con los derechos civiles y políticos, también puede estar presente en los derechos económicos, sociales y culturales, como puede ser la obligación del Estado de abstenerse de interferir en la escogencia que hagan los padres sobre la educación de sus hijos.

2 La siguiente cita es ilustrativa de la equivocación que se incurre al intentar diferenciar tajantemente los tipos de derechos, de acuerdo con las actuaciones esperadas por parte del Estado en relación con ellos. “[E]l ejercicio de los derechos políticos requiere del Estado una acción que supone, entre otras cosas, el desarrollo de mecanismos y la asignación de recursos suficientes a los cuerpos electorales para garantizar la universalidad y libertad del derecho al sufragio. De esta misma forma, observamos que el disfrute de ciertos derechos económicos, sociales y culturales no está condicionada a la progresividad y su satisfacción puede ser inmediata, como es el caso de la libertad sindical o la libertad de los padres para escoger la educación de sus hijos, sin que pueda alegarse la inexistencia de recursos estatales necesarios para dar cumplimiento a estas obligaciones”. “Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Derribar Mitos, Enfrentar Retos, Tender Puentes”, Serie Aportes, Provea, 1996, p. 10.

3 V., por ejemplo, sentencia del 26 de noviembre de 1991, Corte Suprema de Justicia en Pleno, caso *Luis MARTÍNEZ HERNÁNDEZ*, consultada en original.

4 Sentencia del 19 de noviembre de 1992, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, caso *Graciela MARTÍNEZ*, consultada en original.

conminado para el aseguramiento y efectividad de los derechos sociales”. Concluye que “[l]a aplicación de una norma que protege un derecho fundamental no puede estar condicionada por problemas de tipo administrativo o presupuestal. Si esto fuera así las instancias aplicadoras de las normas constitucionales tendrían el poder de determinar el contenido y la eficacia de tales normas y en consecuencia estarían suplantando al legislador o al constituyente”.⁵ El caso trataba de la actualización de pensiones y jubilaciones de los funcionarios de la Contraloría General de la República.

En lo que respecta concretamente al derecho a la salud, la Sala Constitucional, tal como lo han hecho anteriormente otras Salas del Tribunal Supremo⁶ y otros tribunales, decidió, a favor de los accionantes en amparo, en fecha 6 de abril de 2001,⁷ la apelación de la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en una acción de amparo interpuesta por personas contagiadas del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y con Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (Sida) en contra del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales. La acción había sido interpuesta ante la omisión del Instituto en la entrega de los medicamentos prescritos a dichos pacientes, en el pago de la pensión por incapacidad que les corresponde y en el pago de los gastos por exámenes de laboratorio requeridos para su tratamiento.

En esta sentencia la Sala entra a interpretar el Artículo 83 constitucional que consagra el derecho a la salud, declarándolo como un derecho social fundamental, y no como simple determinación de fines del Estado, cuya satisfacción corresponde principalmente al Estado. Así, la Sala consideró violatorio del derecho a la salud y una amenaza al derecho a la vida las omisiones incurridas por el referido Instituto. De especial importancia es la posición que asume la Sala ante las limitaciones financieras que alega en su defensa el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales. Ante dicho alegato, la Sala considera que no resulta oponible a los beneficiarios del sistema de seguridad social la insuficiencia de recursos financieros, pues estima que ello se circunscribe al ámbito de administración y gerencia del ente que nunca puede justificar el incumplimiento de su deber legal, y que además siempre tiene la posibilidad de solicitar créditos adicionales. Esta decisión no sólo amparó a los accionantes sino que otorgó efectos *erga omnes* a la decisión, ordenando al Instituto la entrega regular y periódica de los medicamentos y la realización y cobertura de los exámenes necesarios a todas las personas inscritas en el Instituto a quienes les haya sido diagnosticada la enfermedad VIH/Sida, que cumplan con los requisitos legales para obtener los beneficios del seguro social y que hayan solicitado al Instituto la entrega de los medicamentos y la cobertura de los exámenes médicos. Diversos casos de enfermos de Sida y enfermos mentales han sido decididos bajo los mismos principios, por parte de la Sala Político-Administrativa.

En general, la Sala Político-Administrativa ha ordenado la protección inmediata del derecho a la salud ante la falta de atención médica adecuada. Por ejemplo, en el caso de *Luz Magaly Serna Rugeles*, la Sala Político-Administrativa fue enfática en la decisión de una acción de amparo interpuesta por la accionante víctima de contaminación mercurial, señalando que:

5 Sentencia del 8 de agosto de 2000, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Francisca ALCALÁ y otros*, consultada en original.

6 V., por ejemplo, sentencias del 14 de agosto de 1998 y 16 de julio de 1999, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, casos *Enfermos de Sida - MSAS*, consultadas en original.

7 Sentencia del 6 de abril de 2001, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Enfermos de Sida-IVSS*, consultada en original.

[L]a omisión de la administración pública de prestarle la adecuada e inmediata atención médica especializada, lesiona el derecho a la protección a la salud consagrada en el Artículo 76 de la Constitución y que impone al Estado la obligación de proveer los medios de prevención y asistencia médica a quienes carezcan de ellos ... pues el deber de protección a la salud y de prestar la asistencia médica adecuada, no está sujeto a condiciones o limitaciones especiales. Dicho derecho constituye una potestad que tienen los ciudadanos de exigir del Estado una prestación del servicio público de salud. Es una libertad-prestación que constituye un derecho público subjetivo cuya protección se puede invocar por este medio.⁸

Vale la pena destacar que la operatividad de los derechos prestacionales ha recibido un apoyo contundente en la sentencia del caso *Asociación Civil de Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal*. La Sala Constitucional el 24 de enero de 2002 consideró inconstitucionales los llamados créditos indexados por violentar, entre otros, el derecho de los particulares a una vivienda. En materia de derechos prestacionales afirmó:

[E]l Estado Social desarrolla Derechos Sociales [incluyendo derechos sociales, económicos, culturales y ambientales], los cuales son derechos de prestación, que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse. Este tipo de derechos otorga a los ciudadanos una directa o indirecta prestación por parte de quien los debe, en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad.

La Sala repite, una vez más, que las normas que crean los derechos prestacionales no son de carácter programático, muchas tienen límites difusos o son indeterminadas, pero el Juez Constitucional para mantener la supremacía constitucional tiene el deber de aplicarlas y darles contenido mientras la legislación particular con relación a ellas se emite.

En un Estado responsable y agente del proceso productivo y de las decisiones de política económica, los derechos sociales se vinculan a normas que prescriben un fin o declaran un valor, sin especificar los medios para su consecución o las situaciones en que debe ser realizado, y así lo que para los poderes estatales o los obligados es una norma jurídica, para los ciudadanos se convierte en garantía de transformación de obligaciones jurídicas del Estado en derechos subjetivos del individuo.⁹

Vemos que el juez constitucional ha ejercido sus poderes en beneficio de los derechos sociales de los habitantes venezolanos, haciendo directamente operativas las normas que los contienen, a pesar de la dificultad que la implementación de algunas de ellas, sin desarrollo legislativo o sin medidas administrativas, puede conllevar. Así, los derechos económicos, sociales y culturales son plenamente justiciables en criterio de nuestro juez constitucional.

En materia de libertad sindical, el 23 de julio de 2002 la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia determinó que, en protección de la autonomía sindical, la actuación del Consejo Nacional Electoral es supletoria en materia de elecciones sindicales, por lo que sólo intervendrá cuando se presente una controversia que la propia organización sindical no pueda resolver a través de los recursos que se interpongan en su propio seno.¹⁰ Asimismo, en materia de derechos laborales, la Sala Constitucional, en sentencia del 15 de junio de 2004, declaró con lugar una acción por omisión legislativa ante el

8 Sentencia del 13 de marzo de 1990, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, caso *Luz Magaly Serna RUGELES*, en PIERRE TAPIA, Oscar, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Pierre Tapia, Marzo 1990, p. 36-37.

9 Sentencia del 24 de enero de 2002, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Asociación Civil de Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal*, disponible en www.tsj.gov.ve; Internet.

10 Sentencia del 23 de julio de 2002, Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Bladimiro BLANCO*, disponible en www.tsj.gov.ve; Internet.

incumplimiento por parte de la Asamblea Nacional del mandato establecido en la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución, lo cual, en el entender de la Sala, atenta contra el efectivo disfrute por parte de los trabajadores de un derecho social de rango constitucional, como es el derecho a prestaciones sociales que protege el artículo 92 constitucional. En consecuencia, ordena a la Asamblea Nacional que en un plazo de seis meses sancione la Ley Orgánica del Trabajo que contenga el nuevo régimen del derecho a prestaciones sociales.

Por su parte, en materia del derecho a la seguridad social, la Sala Constitucional, en sentencia del 2 de marzo de 2005, declaró con lugar una acción por omisión legislativa interpuesta por Provea ante la inexistencia de normativa que regule el otorgamiento de las prestaciones correspondientes a los trabajadores desempleados, por cuanto considera que hasta que no se dicte dicha ley se encuentra en suspenso y sin posibilidad de ejercicio el derecho fundamental a la seguridad social (artículo 86 constitucional), el cual precisamente asegura la protección ante las contingencias de pérdida de empleo o desempleo. En consecuencia, la Sala ordenó a la Asamblea Nacional la sanción, dentro del plazo máximo de tres meses, de la Ley que regule el Régimen Prestacional de Empleo. Es más, en atención a la gravedad de la violación del derecho a la seguridad social, la Sala acordó dictar una medida cautelar innominada mediante la cual se declara la ultra actividad del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, que había sido derogado por la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, para que exista, mientras se dicta la ley ordenada, un mecanismo que permita a los trabajadores desempleados obtener los referidos beneficios.

De especial interés en esta materia es la sentencia del 26 de mayo de 2004 de la Sala Constitucional, en la cual se declaró sin lugar una acción de amparo por omisión interpuesta por la Federación Médica Venezolana en contra del Ministerio de Salud y del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, por falta de dotación de insumos y equipos a los hospitales.¹¹ En esta decisión, la Sala hace un análisis de cómo compaginar la implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales con la consagración en la Constitución de 1999 de dichos derechos como derechos fundamentales, derechos no programáticos con exigencia automática, y en consecuencia protegibles a través de los mecanismos de justicia constitucional, principalmente a través de la acción de amparo que además no hace distinciones en los derechos protegibles a través de ella.

La sentencia distingue entre cuándo se está exigiendo el cumplimiento de un derecho económico, social o cultural, y cuándo se está exigiendo que la Administración cumpla con la cláusula de Estado Social de Derecho, a través de planes y programas que busquen cumplir con estos derechos. Señala la sentencia que la incapacidad de la Administración de planificar de forma eficaz y eficiente su actividad para satisfacer la procura existencial, implicará el retiro de la confianza que mediante el sufragio le otorgó el pueblo a sus representantes, y en consecuencia su control es principalmente político y no jurídico. Pareciera, en consecuencia, que la Sala está declarando como injusticiable la escogencia y diseño de las políticas o programas que el Estado ponga en práctica en procura del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, la Sala establece que cuando esa libertad de configuración política afecta un derecho, estando en presencia de una relación jurídica perfectamente definida donde

11 Sentencia del 26 de mayo de 2004, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso Federación Médica Venezolana, disponible en www.tsj.gov.ve; Internet.

la lesión provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano que amerite la tutela del derecho lesionado a través de los órganos jurisdiccionales, el control judicial es perfectamente legítimo. Sin embargo, señala la Sala, vista la relación entre las políticas y la satisfacción de los derechos y como quiera que la realización de dichas políticas depende de los recursos existentes, el Poder Judicial posee la facultad de controlar, en sentido positivo, que el Estado haya utilizado el máximo de los recursos disponibles teniendo en cuenta su estado económico -lo que incluye medidas legislativas-, y, en sentido negativo, la ausencia absoluta de políticas económicas, sociales o culturales (pues vacían el núcleo esencial de los derechos respectivos), así como aquellas políticas que se dirijan, abiertamente, al menoscabo de la situación jurídica que tutela los derechos.

De las anteriores sentencias se desprende que la Sala Constitucional pareciera estar dispuesta a proteger judicialmente a los individuos cuyos derechos estén siendo violentados por una acción u omisión del Estado que conlleve un incumplimiento de las obligaciones establecidas en los propios programas diseñados por el Estado para el disfrute de derechos; así como controlar que existan políticas que propendan a la satisfacción del derecho y la asignación del máximo de recursos disponibles para el cumplimiento de tal fin. Ahora bien, si los programas implementados por el Estado no están diseñados ni tienen la capacidad suficiente para satisfacer de forma inmediata y plena los derechos de que se trate, queda la incógnita de si son o no protegibles judicialmente en alguna medida dichos derechos de los individuos afectados. Tal como ha sido señalado por expertos en el derecho internacional de los derechos humanos, pareciera que el Estado por lo menos debe asegurar de forma inmediata y no progresiva un mínimo de bienestar, entendido como atención básica de salud, alimentos esenciales, una vivienda mínima y unas formas básicas de enseñanza.¹² En consecuencia, estas condiciones mínimas deberían ser exigibles judicialmente al Estado.

En conclusión, vemos que el juez constitucional ha ejercido sus poderes en beneficio de los derechos sociales de los habitantes venezolanos, haciendo directamente operativas las normas que los contienen, a pesar de la dificultad que la implementación de algunas de ellas, sin desarrollo legislativo o implementación de medidas administrativas, conlleva. Entendemos que estas decisiones implican no sólo la orden de políticas determinadas a ser realizadas por las autoridades y hasta la injerencia en temas de naturaleza presupuestaria que invaden el corazón de la definición de políticas públicas de las ramas electas del Poder Público, sin embargo, creemos que ante omisiones e ineficiencias de dichas ramas en la verdadera implementación de los referidos derechos, el juez constitucional se convierte en la última esperanza de que los derechos constitucionales no sean promesas eternamente incumplidas y el texto constitucional un papel sin fuerza normativa.

2. Otros derechos fundamentales

También ha habido una importante protección de derechos políticos a través del control judicial de constitucionalidad. Un caso emblemático, además por su trascendencia y su carácter inédito, es la acción por omisión legislativa interpuesta ante la Sala Constitucional frente a la omisión de la Asamblea Nacional en nombrar a los nuevos rectores del

¹² V., en este sentido los Principios de Limburgo y Maastricht contentivos de directrices en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Poder Electoral.¹³ Dicha omisión afectaba el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos venezolanos visto que, de acuerdo con sentencia dictada por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, hasta que dicho nombramiento se realizara no podrían llevarse a cabo procesos electorales. Ante esta situación, la Sala Constitucional anunció que de no proceder la Asamblea Nacional a nombrar los mencionados rectores electorales en el lapso de diez días por ella impuesto, la Sala procedería a sustituir a la Asamblea y a hacer el nombramiento correspondiente. Ante la omisión de la Asamblea en nombrar a los referidos rectores electorales, la Sala Constitucional, en decisión de fecha 25 de agosto de 2003, procedió a hacer el nombramiento provisional de los rectores principales y suplentes del Poder Electoral.¹⁴

Asimismo, vale la pena mencionar que la Corte Suprema de Justicia, en el caso de la acción de nulidad interpuesta contra la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas, declaró su inconstitucionalidad por no respetar el derecho de participación política de la minoría indígena en la elaboración de dicha ley.¹⁵

También podemos comentar distintas decisiones que propenden a la protección del derecho y garantía a la tutela judicial efectiva. Es el caso de anulaciones de normas legales que impedían la doble instancia o que establecían lapsos importantes de vacaciones judiciales.¹⁶ Asimismo, la creación jurisprudencial de medidas provisionales, las cuales permitieron la suspensión de efectos de actos *inaudita parte* mientras se decidieran amparos cautelares, buscando asegurar la efectividad de la sentencia del incidente principal cautelar ante el conocido retraso en la decisión de las mismas cautelares. Dichas medidas provisionales fueron utilizadas principalmente cuando la decisión de los amparos cautelares requería sustanciación previa.¹⁷

Por otra parte, y ya a nivel de diversas violaciones a derechos constitucionales, la Corte en Pleno anuló en 1997 la Ley sobre Vagos y Maleantes.¹⁸ Si bien dicha ley estuvo en vigencia desde 1956, consiguió finalmente su nulidad al ser notoriamente violatoria de, entre otros, los derechos de libertad, seguridad personal, igualdad y defensa. Se constituyó en un clásico caso de exceso en la formulación de las políticas públicas de seguridad que logró finalmente su subsanación a través del control judicial de constitucionalidad.

Por su parte, vale la pena mencionar la larga tradición jurisprudencial en la interpretación amplia del derecho a la igualdad. De una interpretación literal del Artículo 61 de la Constitución de 1961, contenido del derecho a la igualdad, podía considerarse como prohibiendo sólo las discriminaciones fundadas en raza, sexo, credo o condición social. Sin embargo, desde hace más de veinte años el juez constitucional ha reiterado que se está ante una discriminación cada vez que, sin justificación, se establezcan diferencias para situaciones que, en principio, son iguales.

13 Sentencia del 4 de agosto de 2003, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Hermann ESCARRÁ*, consultada en original.

14 Sentencia del 25 de agosto de 2003, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Hermann ESCARRÁ*, disponible en www.tsj.gov.ve; Internet.

15 Sentencia del 5 de diciembre de 1996, Corte Suprema de Justicia en Pleno, caso *Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas*, en PIERRE TAPIA, Oscar, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Pierre Tapia, Diciembre de 1996.

16 V., sentencias del 14 de marzo de 2000 y 11 de junio de 2002, ambas de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, casos *Elecentro* y *Jesús RENDÓN respectivamente*, consultadas en original.

17 Sentencia del 16 de marzo de 2000, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Constructora Pedeca*, consultada en original.

18 Sentencia del 6 de noviembre de 1997, Corte en Pleno, caso *Ley sobre Vagos y Maleantes*, en PIERRE TAPIA, Oscar, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Pierre Tapia, Noviembre de 1997, p. 99.

A través del ejercicio de la jurisdicción normativa, se ha permitido la aplicación inmediata de normativa constitucional en salvaguarda de los derechos de los ciudadanos. Es el caso, por ejemplo, de las decisiones que ha dictado la Sala en materia de revisión de sentencias, omisión legislativa e intereses colectivos y difusos. La Constitución de 1999 previó nuevas instituciones que propenden a la salvaguarda de los derechos de los particulares. Así, se estableció un nuevo recurso de revisión de sentencias que busca no sólo la uniformidad en la interpretación constitucional judicial sino que además otorga a los ciudadanos un mecanismo de control de aquellas sentencias que se aparten de un adecuado ejercicio de control de constitucionalidad. Por su parte, la acción por omisión legislativa es un importantísimo avance en el control del abuso del Legislativo y el Ejecutivo en el incumplimiento de sus funciones, necesarias para la plena efectividad del texto constitucional y para el real goce de diversos derechos fundamentales. Por último el derecho a la tutela judicial efectiva abarca hoy expresamente la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos, lo cual permite la protección de situaciones jurídicas de las cuales participan un grupo o el colectivo en general, facilitando así su tutela judicial.

Estas instituciones no han sido desarrolladas aún por el legislador, por lo que podría entenderse que hasta que ello no suceda dichas posibilidades constitucionales se encuentran en suspenso: no se pueden intentar recursos de revisión sin conocer el procedimiento que debe seguirse para ello, la acción por omisión legislativa debe esperar hasta que se desarrolle el alcance de las potestades del juez en la materia o no puede accionarse por intereses colectivos o difusos ante la indeterminación del tribunal competente para conocer de dichas acciones o de las pretensiones que pueden ser exigidas a través de dicha vía. Esa situación se divorcia claramente del mandato constitucional, dejando en un limbo indefinido la real aplicación de estas nuevas instituciones constitucionales.

La Sala Constitucional decidió ejercer su control de constitucionalidad en su modalidad normativa para asegurar que las mencionadas incertidumbres no estén presentes y se permita el efectivo ejercicio de los referidos derechos constitucionales y la efectiva utilización de estos nuevos instrumentos. Para ello, a través de varias y continuas sentencias,¹⁹ en ejercicio de la jurisdicción normativa, ha establecido, de forma transitoria, y hasta que el legislador desarrolle dichas figuras, procedimientos, supuestos de procedencia, alcance de las pretensiones, alcance de los poderes judiciales, tribunal competente, entre otros, para hacer operativas las referidas instituciones.

Creemos que este ejercicio de justicia constitucional, a pesar de su naturaleza controversial, por constituirse en una sustitución de la función del legislador y la transformación de la función judicial a una normativa, sí logra encontrar justificación en la protección del texto constitucional. Su no ejercicio devendría en situaciones claramente divorciadas del mandato constitucional: no se podrían ejercer demandas en protección de los intereses colectivos y difusos, los derechos constitucionales vulnerados por las omisiones irracionales del legislador no tendrían mecanismo directo de tutela judicial y las sentencias que vulneraran el texto constitucional por errado ejercicio de control de constitu-

19 V., por ejemplo, en el caso de la revisión de sentencias, sentencia del 6 de febrero de 2001, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Corpoturismo*. En el caso de los intereses colectivos y difusos sentencias del 30 de junio de 2000, 31 de agosto de 2000, 22 de agosto de 2001, todas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, casos *Dilia PARRA*, *William OJEDA* y *Asociación Civil de Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal* respectivamente. En omisión legislativa ver sentencias del 9 de julio de 2002 y 4 de agosto de 2003, ambas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, casos *Alfonso ALBORNOZ* y *Hermann ESCARRÁ* respectivamente.

cionalidad no podrían ser controladas. Esta situación creemos justifica la actuación sustitutiva del juez constitucional, y por demás propende a asegurar una efectiva operatividad de las normas constitucionales y del disfrute de derechos fundamentales.

Por último, vale la pena mencionar como un importante avance en la protección de los derechos fundamentales, la expresa declaratoria de un sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado. La Sala Político-Administrativa, en sentencia del 15 de julio de 2000, conociendo de una acción por daños y perjuicios interpuesta contra una empresa del Estado interpretó el texto constitucional como estableciendo que la responsabilidad patrimonial del Estado “abarca todos los daños ocasionados por cualesquiera actividad derivada del ejercicio de cualquiera de las funciones ejercidas por órganos del Poder Público.”²⁰ Ello lo afirma la Sala, a pesar de la duda que podía generar una interpretación literal del Artículo 140 constitucional sobre una limitación de responsabilidad a las actuaciones y omisiones sólo de la Administración Pública. Esta interpretación del texto constitucional es fundamental para asegurar una verdadera protección de los derechos constitucionales frente a las actuaciones y omisiones inconstitucionales de cualquier órgano del Estado.

Los anteriores ejemplos se constituyen en una muestra de cómo el ejercicio de la justicia constitucional se constituye en un instrumento real y efectivo para la protección de los derechos fundamentales de los habitantes de nuestro país. Los casos comentados no sólo evidencian la necesidad de dicha justicia constitucional sino su justificación en un Estado que está sometido al Derecho y que consigue su fundamento primario en una Constitución que limita y determina su actuación.

III. ACTUACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL QUE LIMITA O RESTRINGE DERECHOS FUNDAMENTALES

Así como hemos sido testigos del importante papel que la justicia constitucional ha jugado en la protección de los derechos fundamentales de la población venezolana, no podemos desconocer que en ejercicio de esa misma justicia constitucional se ha incurrido en verdaderos abusos, errores y extralimitaciones. Revisemos algunos ejemplos.

Un importante retroceso en materia de derecho a la igualdad y un claro desconocimiento del mandato constitucional sobre la llamada discriminación positiva, constituye la sentencia de Sala Electoral del 19 de mayo de 2000, caso *Sonia Sgambatti*, la cual declara sin lugar un recurso de nulidad interpuesto en contra de Resoluciones del Consejo Nacional Electoral que deciden desaplicar, por supuesta contrariedad al principio de igualdad, el Artículo 144 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que prevé una cuota mínima de 30% para las mujeres en la postulación por los partidos políticos de candidatos de elección popular. La insólita motivación de la sentencia precisa ser citada:

La cuota electoral femenina consagrada en el artículo 144 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, fue incluida dentro del marco del ordenamiento establecido por la Constitución de 1961, y lo que se perseguía en ese momento era atemperar la situación de desigualdad en que se encontraba la mujer venezolana en las distintas esferas de participación de la sociedad.

20 Sentencia del 15 de junio de 2000, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Germán Eriberto AVILEZ PEÑA*, consultada en original.

La protección contenida en el artículo 144 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política dirigida a acelerar el cumplimiento de la garantía constitucional de la mujer para integrar los cuerpos de representación popular, parecería de carácter temporal, y siendo así, la misma cesaría cuando se lograra obtener la efectiva equiparación de la condición de la mujer con el hombre, cesación que debe hacerse a través de los mecanismos pertinentes, como pueden ser la reforma o la derogatoria de la misma. (Véase en este sentido sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, del 28 de mayo de 1998, caso *Enrique Yéspica Allup*).

...

En este mismo orden, considera esta Sala conveniente señalar que el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la igualdad de todas las personas ante la Ley, lo cual igualmente forma parte del Preámbulo de la misma, cuando refuerza y amplía la protección constitucional de la prohibición de discriminaciones fundadas en raza, sexo y credo, entre otros.

El citado artículo 144 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política impone a los partidos y grupos de electores la obligación de conformar la postulación de sus listas a los cuerpos deliberantes, con un porcentaje [de mujeres] que represente como mínimo el treinta por ciento (30%) de los candidatos postulados, lo cual a entender de esta Sala revela una ostensible contradicción con el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; en efecto el principio de igualdad opera en dos planos diferentes: frente al legislador (igualdad en la Ley) y en aplicación de la Ley. . . .

En efecto, el análisis del artículo 144 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, pone en evidencia que el legislador creó, basado en la situación en la que se encontraba para ese momento la mujer, una situación más favorable para éstas en la integración de las listas que deben ser presentadas para la elección de los cuerpos deliberantes con la finalidad de materializar en la práctica el principio de igualdad recogido en la Constitución de 1961.

Ahora bien, advierte esta Sala, que si bien dicho dispositivo pudo ser congruente, o estar en sintonía con la Constitución de 1961, no es posible afirmar lo mismo cuando se confronta con la Constitución de 1999, ya que no ha sido esa la intención plasmada en nuestra Carta Magna, por cuanto la situación en la que se encuentra la sociedad venezolana ha variado notablemente, motivo por el cual se estableció plena igualdad entre el hombre y la mujer, al dotársele de los mismos derechos incluyendo políticos, y colocándolos en el mismo plano de igualdad, esto es, identidad de condiciones y oportunidades para ejercer derechos especialmente atinentes a los cargos de elección popular, sin que exista norma alguna que restrinja, limite o menoscabe el ejercicio de estos derechos de las mujeres. Mas aún, reconoce ambos géneros indistintamente, en cada uno de las normas referidas a cargos públicos (Véase en este sentido el Título IV de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela relativo al Poder Público).

...

De lo expuesto se desprende que el artículo 144 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política ha quedado derogado, por no guardar correspondencia con lo establecido en torno al derecho a la igualdad y no discriminación en el texto constitucional, en virtud de la norma derogatoria única *eiusdem*, configurándose una inconstitucionalidad sobrevenida y así se decide.²¹

La anterior motivación, a nuestro entender, contiene falsedades, inconsistencias y excesos. En primer lugar, es importante destacar que la Sala Electoral está ejerciendo un verdadero control concentrado de constitucionalidad sobre el Artículo 144 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sin competencia para ello.

21 Sentencia del 19 de mayo de 2000, Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Sonia SGAMBATTI*, consultada en original.

En segundo lugar confunde la igualdad formal con la igualdad real, pretendiendo justificar la no necesidad de la norma contentiva del beneficio a la mujer, en el hecho de que la Constitución prevé la igualdad entre el hombre y la mujer. Semejante argumento llevaría a considerar que nunca hay discriminaciones, pues la Constitución prevé la igualdad. Incomprensible es la evidencia que pretende traer la sentencia sobre la existencia de la igualdad entre hombres y mujeres, al señalar que la Constitución de 1999 “reconoce ambos géneros indistintamente, en cada uno de las normas referidas a cargos públicos”. Es difícil entender que la Sala Electoral pretenda concluir que porque la Constitución habla de “Presidente o Presidenta” o “diputado o diputada” en Venezuela hay absoluta igualdad entre el hombre y la mujer.

En tercer lugar concluye confusamente en que la desigualdad existía bajo la vigencia de la Constitución de 1961, pero no en la actualidad. Dicha conclusión no la soporta en ningún elemento más allá de su dicho. Pero lo más cuestionable es que pareciera concluir que la Constitución de 1999 no permite la llamada discriminación positiva a favor de la mujer. En primer término es importante recordar que el derecho a la igualdad es tratado de forma casi idéntica por las Constituciones de 1961 y 1999, salvo precisamente en que esta última expresamente prevé la posibilidad y la necesidad de las discriminaciones positivas. El Artículo 21 en su numeral 2 de la Constitución vigente expresamente señala: “La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Así, la Sala Electoral incurre en el exceso de concluir que la discriminación positiva no es necesaria de acuerdo con el referido Artículo 21 de la Constitución de 1999, cuando es precisamente este Artículo el que prevé expresamente por primera vez la discriminación positiva a favor de grupos discriminados. Las anteriores consideraciones no hacen más que preocupar por el abuso judicial ejercido en este caso por la Sala Electoral. No sólo ejerció potestades de control concentrado que no posee, sino que desconoció la diferencia entre la igualdad formal y la real y desconoció la norma constitucional que exige precisamente discriminaciones positivas para lograr dicha igualdad real, constituyéndose en definitiva en un serio retroceso para el derecho a la igualdad en general y de las mujeres en particular.

El derecho a la libertad de expresión ha recibido también un inusitado ataque por parte de la Sala Constitucional. No sólo le ha dado, a través de la interpretación de normas constitucionales, un verdadero desarrollo legislativo al referido derecho, sin justificación que lo amerite, sino que ha limitado de forma claramente inconstitucional dicho derecho. A través de dos sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en una acción de amparo y en una acción de nulidad de normas legales, en las cuales se advierte que el desarrollo que hace la sentencia se constituye en “doctrina vinculante en la interpretación de los Artículos 57 y 58 de la Carta Fundamental”,²² se legisla en materia de libertad de expresión.

En dichas sentencias se hace un desarrollo detallado de los límites del derecho a la libertad de expresión, procediéndose directamente a regular su contenido, los medios a

22 V., sentencias del 12 de junio de 2001 y 15 de junio de 2003, ambas de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, casos *Elías SANTANA* y *Rafael CHAVERO*, respectivamente, consultadas en original.

través de los cuales se puede ejercer, las modalidades de censura previa, las responsabilidades que genera el ejercicio de dicha libertad, se fijan límites al ejercicio del periodismo, límites al derecho de réplica y rectificación discriminando a sectores a los cuales excluye de dicho derecho, se consagran supuestos de violación a la libertad de información por parte de los medios de comunicación, entre otros. Semejante interpretación se constituye en un verdadero desarrollo y modelación del derecho fundamental a la libertad de expresión, que será de obligatoria observancia por los operadores jurídicos. Ello, además, sin que dicha interpretación detallada haya sido necesaria para decidir los casos bajo su jurisdicción, procediendo a sustituir al legislador en materia del derecho a la libertad de expresión.

Si bien ambas sentencias tienen elementos que afectan notoriamente el contenido del derecho a la libertad de expresión, comentaremos con algún detalle la sentencia dictada por la Sala Constitucional, en fecha 15 de julio de 2003,²³ caso *Rafael Chavero*, por incurrir en diversos retrocesos en materia de derechos humanos. Dicha sentencia se dicta con ocasión de una acción de nulidad por inconstitucionalidad de diversos Artículos del Código Penal vigente desde 1964 que penalizan con privación de libertad las expresiones ofensivas dirigidas contra funcionarios públicos e instituciones del Estado, conocidas como leyes de desacato.

Dicha sentencia evidencia no sólo un desarrollo legislativo, en usurpación de las funciones de la Asamblea Nacional, del derecho a la libertad de expresión, sino un desapego de los principios fundamentales en materia de derechos humanos en general y de libertad de expresión en particular. Al señalar que el Estado venezolano puede desconocer las recomendaciones de las organizaciones de derechos humanos y requerir un control judicial interno de las decisiones que en materia de derechos humanos se dicten por los tribunales internacionales con competencia para ello, la Sala Constitucional no sólo desconoce compromisos internacionales que ha suscrito Venezuela sino que, y principalmente, se pone de espaldas al proceso de internacionalización de los derechos humanos. Olvida la Sala que dicho proceso atiende precisamente a la necesidad de que autoridades externas al país tengan la última palabra en materia de derechos humanos, lo cual es de especial importancia visto que la gran cantidad de casos de violaciones de derechos humanos que llegan a los organismos internacionales lo hacen precisamente porque los órganos internos del Estado o son parte de dichas violaciones o no quieren proteger a la víctima. Entonces al pretender la Sala Constitucional que las recomendaciones de los organismos internacionales no tengan ninguna importancia en el ámbito nacional y que las decisiones de tribunales internacionales en la materia -que son los únicos cuya imparcialidad y objetividad frente a las actuaciones del Estado está asegurada- tengan que ser revisadas por los jueces nacionales, deja sin ninguna racionalidad en Venezuela el sistema internacional de los derechos humanos.

Asimismo, en contra de lo previsto en los tratados internacionales en materia de libertad de expresión, y en contra de las doctrinas y sentencias que sobre el tema abundan en Derecho Comparado, la Sala permite la censura previa en determinados supuestos, lesionando gravemente la libertad de expresión. Además, justifica la exigencia de la verdad ante determinados contenidos emitidos en temas de asuntos públicos, en claro desconocimiento sobre la pacífica doctrina que a nivel de Derecho Comparado y de tribuna-

23 Sentencia del 15 de junio de 2003, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Rafael CHAVERO*, consultada en original.

les internacionales de derechos humanos se ha ido desarrollando sobre la necesaria protección de las informaciones falsas, siempre que el que las emite no tenga conocimiento de su falsedad ni las emita con absoluto desinterés por la verdad.

Dicha sentencia concluye con la declaratoria de constitucionalidad de las llamadas leyes de desacato por considerarlas necesarias ante el “abuso e irrespeto de la libertad de expresión . . . que pone en peligro al propio Estado, y hasta podría incidir sobre la independencia del país”. Esta conclusión se corresponde con las tendencias modernas que existen en la doctrina y jurisprudencia comparadas en materia de libertad de expresión, en las cuales la posibilidad de expresarse en temas públicos goza de una especial y preferente protección. Recordemos que es pacífico el entendimiento de la importancia que en toda democracia tiene el libre debate de los asuntos públicos, que permita al colectivo la evaluación de sus gobernantes y la elección de éstos en base a informaciones suficientes.

No sólo ello, sino que la sentencia considera que la especial protección que la libertad de expresión goza en el debate público se limita a la expresión de las personas que formen parte de partidos o movimientos políticos. Así, todos los ciudadanos que no sean partícipes de dichos partidos o movimientos se verán imposibilitados de manifestar sus críticas, ideas y opiniones sobre funcionarios públicos, ante el temor de ser sancionados con penas privativas de libertad.

De especial consideración por la confusión en el tratamiento de la garantía constitucional y su efecto en perjudicial sobre los derechos humanos es la interpretación que la Sala da al Artículo 23 constitucional que permite la prelación de las normas de los tratados de derecho humanos sobre las normas constitucionales, cuando aquéllos contengan normas sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables que las establecidas en la Constitución. La sentencia en comentarios, al concluir que el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la censura previa permitiendo un amplio ejercicio de la libertad de expresión y que el Artículo 57 de la Constitución permite, a su entender, dicha censura previa -en limitación al goce y ejercicio del derecho- concluye inexplicablemente en la prelación de la norma más restrictiva del derecho a la libertad de expresión, como es la norma constitucional. Semejante conclusión la fundamenta la Sala Constitucional de la siguiente manera:

Resultan de aplicación preferente, ya que garantizan mayor protección a los derechos humanos de la colectividad, las prohibiciones y los efectos que ellas producen, contempladas en el artículo 57 constitucional, sobre las que a su vez establece el artículo 13.2 del “Pacto de San José”, por lo que la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios o promotores de la intolerancia religiosa, además de la responsabilidad personal de quienes los emitan, podrán ser censurados previamente, si la Ley lo señala.

El artículo 13.2 aludido, consideró a la propaganda de guerra y a los mensajes discriminatorios o promotores de la intolerancia religiosa, sólo como generadores de responsabilidad, pero no sujetos a censura previa. La Sala considera, que los bienes jurídicos tutelados por la Constitución favorecen más a los derechos humanos colectivos, y por ello el artículo 57 constitucional es de aplicación preferente al ser desarrollado por la ley.²⁴

La Sala Constitucional, a nuestro entender, desnaturaliza la garantía de la mejor y mayor protección del derecho de que se trate al beneficiar una ponderación entre dicha mayor protección y unos indeterminados derechos del colectivo. Así, vemos, pues que el propio garante de los derechos constitucionales paradójicamente ha dado un duro

24 Sentencia del 15 de junio de 2003, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Rafael CHAVE-RO*, consultada en original.

golpe a éstos y muy particularmente a la libertad de expresión, en ejercicio de un evidente exceso judicial al constituirse en un verdadero desarrollo legislativo, innecesario y equivocado.

Los anteriores casos son ejemplos de los abusos en que, a nuestro entender, puede incurrir el juez en ejercicio de poderes vinculados a la justicia constitucional. Esto evidentemente es un duro golpe para los que defendemos la existencia de amplios poderes en materia de justicia constitucional. Gran preocupación nos dejan los ejercicios abusivos del control de constitucionalidad y los retrocesos que en materia de derechos humanos han sido impuestos por el propio garante de ellos, como es el juez constitucional.

IV. CONCLUSIONES

En Derecho Comparado los mecanismos de justicia constitucional se han consolidado como verdaderos instrumentos de protección de derechos fundamentales. No debemos olvidar que el Estado debe propender a la protección y satisfacción de dichos derechos, a través de sus actuaciones legislativas, administrativas y judiciales. Sin embargo, la intervención del juez ante las carencias, omisiones o errores en que pueden incurrir los Poderes Ejecutivo y Legislativo en la protección de los derechos fundamentales, se constituye en pieza fundamental del sistema de protección de derechos, pues se constituye en la última oportunidad de asegurar la correcta actuación del Estado en este sentido.

En Venezuela gozamos de un amplio reconocimiento de derechos fundamentales, previstos en nuestra Constitución y en diversos tratados internacionales, así como con una amplia gama de mecanismo de control judicial que propenden a la supremacía y aplicación del texto constitucional y principalmente de los derechos humanos. En este sentido, Venezuela cuenta con un verdadero arsenal de protección y garantía de dichos derechos.

De la rápida revisión jurisprudencial que hemos realizado de algunas de las sentencias dictadas en ejercicio de la justicia constitucional, hemos podido ver cómo el juez constitucional se puede convertir en un verdadero protector y garante de la efectividad y vigencia de los derechos fundamentales de los venezolanos o extranjeros que vivimos en este país. Sin embargo, no podemos desconocer el hecho de que los grandes poderes que el juez constitucional posee en la actualidad han devenido en algunas oportunidades, paradójicamente, en verdaderos mecanismos para coartar y limitar derechos fundamentales.

Creemos, sin embargo, que la justicia constitucional es el verdadero aliviadero de los errores, desaciertos y omisiones de los poderes públicos que violentan los derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que lo fundamental es fortalecer y mejorar la institución con vista en su principal función de protección de derechos fundamentales. Así, sobre el juez constitucional venezolano debe comenzar a realizarse una verdadera evaluación de su desempeño que le recuerde diariamente la importancia de su elevada función y que le exija actuar en consonancia con ese trascendente destino, porque de lo contrario el colectivo para el cual trabaja se lo reclamará con firmeza.

§52. LA INCONSTITUCIONAL PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO DE 2001 DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN VENEZUELA

Alberto Blanco-Uribe Quintero
Profesor de la Universidad Metropolitana
y Universidad Central de Venezuela

I. DEL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA LEY O PROCESO LEGISLATIVO

El proceso legislativo es el conjunto de actos encaminados a la creación del acto jurídico conocido como la Ley, que como se sabe se encuentra definida en sentido formal, por el Artículo 202 de la Constitución de la República, de la siguiente manera:

La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador.

De este modo, conforme con la regulación constitucional del proceso legislativo, se puede afirmar que son siete las etapas por las que tiene que pasar todo proyecto de Ley, para transformarse en una Ley, a saber: a) iniciativa, b) discusión, c) aprobación, d) sanción, e) promulgación, f) publicación y g) entrada en vigencia.

Acorde con lo dispuesto en el Artículo 204 de la Constitución de la República, iniciar el proceso legislativo para la formación de leyes en general, es decir, preparar un proyecto de Ley y presentarlo al Poder Legislativo, corresponde, en primer lugar, al Poder Ejecutivo Nacional, por órgano del Presidente de la República (numeral 1), en acatamiento al principio de colaboración de los poderes (Artículo 136 del Texto Fundamental); y, luego, precisamente al Poder Legislativo, como función propia, a través de la Comisión Delegada y de las distintas comisiones permanentes (numeral 2), y de los diputados a la Asamblea Nacional, en número no menor de tres (numeral 3). En ciertos casos específicos, se reconoce esta facultad a otros funcionarios u organismos públicos, como el Tribunal Supremo de Justicia, el Poder Ciudadano, el Poder Electoral y el Consejo Legislativo Estadal (numerales 4, 5, 6 y 7), e incluso al pueblo directamente (numeral 6).

Esta es la primera fase del proceso legislativo y se le denomina *iniciativa*, en la cual se somete a consideración del Poder Legislativo, un proyecto de Ley.

La segunda fase comienza con la presentación del proyecto de Ley a la Asamblea Nacional. A partir de ese momento, dicho órgano lo revisa, debiendo someterlo a dos (2) discusiones en oportunidades distintas, teniendo facultades para aprobarlo, con o sin modificaciones, o rechazarlo. A esta segunda etapa se le llama *discusión* y está prevista en los artículos 207 a 211 de la Constitución de la República.

La *aprobación* es la tercera etapa, siempre y cuando la Asamblea Nacional haya realizado las dos (2) discusiones correspondientes, con resultado favorable, hayan habido o no modificaciones. Se trata, pues, del acto por el cual la Asamblea Nacional acepta el proyecto de Ley, de forma total o parcial, según el artículo 213 de la Constitución de la República.

La *sanción* es la cuarta fase, una vez que el proyecto de Ley es aprobado y dotado de su redacción definitiva, estando a cargo de la Directiva de la Asamblea Nacional, como mandato del artículo 213 de la Constitución de la República.

A partir de este momento el proceso legislativo queda, en principio, exclusivamente a cargo del Poder Ejecutivo Nacional, en virtud de aplicación concreta del mencionado principio de colaboración de los poderes.

Así, la quinta etapa es la *promulgación*. En ella, el Poder Ejecutivo, encargado como está de la función estatal ejecutiva, correspondiéndole por ello ejecutar o hacer cumplir las leyes de la República, procediendo por órgano del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, previa deliberación colectiva y de no encontrar objeciones de naturaleza de mérito o conveniencia a los altos intereses del Estado, o de índole jurídica por razones de inconstitucionalidad, que le facultan a vetar la ley sancionada, la suscribe a continuación de las firmas de la Directiva de la Asamblea Nacional, en la sede del Gobierno Nacional, colocando el respectivo “cúmplase”, o “ejecútese”, o “cúidese de su cumplimiento” o cualquier otro formulismo de estilo.

Se trata de la aplicación del régimen de promulgación de la Ley, consagrado claramente en el Artículo 214 de la Constitución de la República:

El Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido. Dentro de ese lapso podrá, *con acuerdo del Consejo de Ministros*, solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o parte de ella.

La Asamblea Nacional decidirá acerca de los aspectos planteados por el Presidente o Presidenta de la República, por mayoría absoluta de los diputados y diputadas presentes y le remitirá la ley para la promulgación.

El Presidente o Presidenta de la República debe proceder a promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones.

Cuando el Presidente o Presidenta de la República considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional solicitarán el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma. El Tribunal Supremo de Justicia decidirá en el término de quince días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente o Presidenta de la República. Si el Tribunal negare la inconstitucionalidad invocada o no decidiere en el lapso anterior, el Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso (curativas del autor).

Una vez suscrita la Ley, de la forma indicada en la norma previamente transcrita, para satisfacer las exigencias de la seguridad jurídica y el principio según el cual la Ley se presume conocida por todos desde su publicación, viene, precisamente, la sexta fase, denominada *publicación*, que ocurre en la *Gaceta Oficial de la República*, por medio de la Imprenta Nacional, a fin de dar a conocer la Ley a quienes deben cumplirla: los gobernados y también los agentes de los gobernantes.

La Ley queda completada (promulgada), a tenor del Artículo 215 de la Constitución de la República, al publicarse con el correspondiente “cúmplase”, en la *Gaceta Oficial de la República*. De este modo, la última parte de la *promulgación* y la *publicación*, acaban por manifestarse públicamente en forma simultánea.

Como fase final del proceso legislativo, la séptima y última, se halla la llamada *entrada en vigencia*. En nuestro país la ley entra en vigencia al momento de publicarse en la

Gaceta Oficial de la República, salvo que se haya dispuesto una “*vacatio legis*” en su propio texto.

Ahora bien, hecho este breve análisis descriptivo acerca del proceso de formación de la Ley en nuestro sistema jurídico constitucional, se deben hacer algunas consideraciones particularmente sobre el tema de la promulgación.

II. PARTICULARIDADES SOBRE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY, COMO ATRIBUTO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, EN CONSEJO DE MINISTROS

Como bien es conocido, el Presidente de la República, dentro del proceso legislativo ordinario previamente descrito, y sin las vicisitudes relativas al veto, previstas constitucionalmente, es quien está llamado a promulgar la Ley que, tras su sanción respectiva, expide la Asamblea Nacional.

En efecto, de conformidad con el dispositivo del Artículo 213 de la Constitución de la República:

Una vez sancionada la ley, se extenderá por duplicado con la redacción final que haya resultado de las discusiones. Ambos ejemplares serán firmados por el Presidente o Presidenta, los dos Vicepresidentes o Vicepresidentas y el Secretario o Secretaria de la Asamblea Nacional, con la fecha de su aprobación definitiva. *Uno de los ejemplares de la ley será enviado por el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional al Presidente o Presidenta de la República a los fines de su promulgación* (cursivas del autor).

Ello es así, toda vez que el Presidente de la República es el funcionario a quien compete, como Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y cabeza de la Administración Pública (Artículos 226 y 236, numerales 2 y 20 de la Constitución de la República), ejecutar y cuidar de la ejecución de la Ley, velando por su exacta observancia.

Ahora bien, esta facultad constitucional, la de promulgar la Ley, ha de ser ejercida por el Presidente de la República si, claro está, pero necesariamente en Consejo de Ministros¹.

No otra cosa puede concluirse de la lectura del Artículo 214 de la Constitución de la República:

El Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido. Dentro de ese lapso podrá, con acuerdo del Consejo de Ministros, solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o parte de ella (cursivas del autor).

Cabe destacar que, también con arreglo a lo dispuesto por el artículo 236, numeral 24 y párrafos finales, de la Constitución de la República, en concordancia con las normas previamente trascritas, la promulgación de las leyes es una atribución que corresponde al Presidente de la República pero que, en atención a la trascendencia de la creación normativa de rango directamente *infra* constitucional, y sus efectos, requiere ser en su ejercicio evaluada colectivamente por el Alto Gobierno, para considerar las implicaciones

¹ Véase al respecto la opinión del abogado GUEVARA W., Celis O., “Promulgación a distancia”, publicada en el periódico *Ámbito Jurídico*, N° 52, Año IV, enero 2002, p.16.

políticas y jurídicas del caso, en función de los trascendentes intereses del Estado, por lo que indefectiblemente ha de ser cumplida en Consejo de Ministros, vale decir, con participación del Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros, el Procurador General de la República y posibles invitados especiales.

Ya la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado indubitablemente sobre que la promulgación de la Ley compete al Presidente de la República, sí, pero no solo, sino necesariamente en Consejo de Ministros, en diversos fallos, como el contenido en la sentencia N° 251 del 20 de febrero de 2003 con ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando, caso *Enrique Ochoa Antich y otros* - <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/251-200203-02-2866.htm>), estableciendo que:

De igual forma, se observa que con posterioridad a la solicitud planteada por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional, esta Sala Constitucional en sentencia N° 2817/2002 del 18 de noviembre -que declaró inadmisibile la aclaratoria de la sentencia N° del 7 del mismo mes, que resolvió sin lugar la solicitud de inconstitucionalidad del artículo 1; Capítulo VI del Título II y de la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Poder Electoral, incoada por el ciudadano Presidente de la República de conformidad con el artículo 214 de la Constitución- se pronunció con respecto a la adecuada comprensión del artículo 214 del Texto Fundamental en los términos siguientes:

A los fines de la inteligencia correcta del artículo 214 constitucional, la Sala aclara que dicha norma contiene dos supuestos excluyentes el uno del otro.

El primero es que dentro de los diez días siguientes a aquél cuando el Presidente de la República recibió la ley de la Asamblea Nacional, con el fin de promulgarla, *previo acuerdo del Consejo de Ministros*, la devuelva a la Asamblea, a fin de que modifique alguna disposición de la ley, o levante la sanción a toda la ley o parte de ella. Tal petición será acompañada de una exposición motivada que contenga la razón de las modificaciones, las cuales pueden tener base constitucional o legal.

La Asamblea Nacional decidirá acerca de los aspectos planteados y remitirá la ley al Presidente para su promulgación, conforme a lo decidido (cursivas del autor).

III. LA FALTA REAL DE PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO DE 2001

Partiendo de este análisis general sobre el proceso legislativo, y teniendo claro que es al Presidente de la República, actuando en Consejo de Ministros, a quien compete promulgar la Ley, obrando, claro está, en la sede del Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional, que está en la capital de la República, en Caracas, y concretamente en el Palacio de Miraflores, se tiene que, en el caso particular del Código Orgánico Tributario de 2001, acorde con la letra expresa de la *Gaceta Oficial de la República* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001, esta ley habría sido promulgada, supuestamente, en el Palacio de Miraflores, sede del Gobierno Nacional, en Caracas, Venezuela, ese citado día 17 de octubre de 2001, con las respectivas firmas del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo y de los Ministros, integrantes todos del Consejo de Ministros.

Es decir, que se pretende que la imaginaria promulgación habría ocurrido en ese lugar de la ciudad capital, sede del Poder Ejecutivo Nacional, y en esa fecha del 17 de octubre de 2001.

Empero, de acuerdo a las publicaciones de los periódicos de mayor circulación del país, para esa fecha el Presidente de la República y algunos de sus Ministros, no se encontraban en el país, pues estaban de gira oficial en el exterior de la República, lo que constituye un hecho notorio. Los demás Ministros y la Vicepresidenta Ejecutiva si estaban en Venezuela.

No obstante, si alguien se encontrase en un proceso judicial en el cual se le pretendiese aplicar el Código Orgánico Tributario de 2001, estaría habilitado en derecho para pedir al tribunal, como garante de la constitucionalidad de los actos del Poder Público y en salvaguarda de la supremacía constitucional (Artículo 7 de la Constitución de la República), su desaplicación al caso concreto, por vía de control difuso de la constitucionalidad (Artículo 334 de la Constitución de la República), pudiendo perfectamente coadyuvar con la determinación de la verdad mediante la promoción de la prueba de informes, para que el tribunal requiriese información al respecto, por ejemplo, de la Comisión de Política Exterior de la Asamblea Nacional, organismo que constitucionalmente debió aprobar la salida del territorio nacional del Jefe del Estado, así como el itinerario, duración y objeto; de la Imprenta Nacional, organismo encargado de la publicación en la *Gaceta Oficial* de la República del acuerdo o acto parlamentario sin forma de ley que autorizó el viaje; del Ministerio de Relaciones Exteriores, que debe llevar el record de la relaciones diplomáticas del Estado; de los diarios de mayor circulación en el país, como El Universal y El Nacional, con vista de sus ediciones publicadas durante esas fechas; e, incluso, entre otros, de los organismos competentes sobre el movimiento migratorio del ciudadano Jefe de Estado y de quienes lo acompañaron, siendo Ministros.

Se puede evidenciar como es un hecho notorio que el Presidente de la República no se encontraba en el país, para la fecha de la pretendida promulgación del Código Orgánico Tributario de 2001, en Caracas, debido a que él realizaba una gira por Europa, África y Asia, la cual comenzó el 6 de octubre de 2001 y finalizó el 26 de octubre de 2001, visitando así varios países tales como Argelia, Bélgica, Portugal, Austria, Francia, Italia, Gran Bretaña, Rusia, Malasia, entre otros y, por consecuencia inmediata, no podía dar el “Cúmplase” en el Palacio de Miraflores, en Caracas, Venezuela, en esa fecha, previa consideración del Consejo de Ministros, además.

Ahora bien, es el caso que el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, ya ha tenido ocasión de dejar sentada doctrina acerca de lo que se debe entender por “hecho notorio comunicacional”, incluso en lo que concierne ilustrativamente con los viajes del Presidente de la República, por ejemplo según la Sentencia N° 98 del 15 de marzo de 2000, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, caso *Coronel (G.N.) Oscar Silva Hernández* (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/98-150300-0146.htm>), estableciendo lo que sigue:

Esta Sala para decidir observa:

...(omissis)...

Ceñidos a la definición de Calamandrei, puede decirse que la concepción clásica del hecho notorio, requiere, por la necesidad de la incorporación del hecho a la cultura, que el, por su importancia, se integre a la memoria colectiva, con lo que adquiere connotación de referencia en el hablar cotidiano, o forma parte de los refranes, o de los ejemplos o recuerdos, de lo que se conversa en un círculo social. Por ello son hechos notorios sucesos como el desastre de Tocoa, la caída de un sector del puente sobre el lago de Maracaibo, los eventos de octubre de 1945, la segunda guerra mundial, etc.

Pero el mundo actual, con el auge de la comunicación escrita mediante periódicos, o por vías audiovisuales, ha generado la presencia de otro hecho, cual es el hecho publicitado, el cual en principio no se puede afirmar si es cierto o no, pero que adquiere difusión pública uniforme por los medios de comunicación social, por lo que muy bien podría llamársele el hecho comunicacional y puede tenerse como una categoría entre los hechos notorios, ya que forma parte de la cultura de un grupo o círculo social en una época o momento determinado, después del cual pierde trascendencia y su recuerdo solo se guarda en bibliotecas o instituciones parecidas, pero que para la fecha del fallo formaba parte del saber mayoritario de un círculo o grupo social, o a el podía accederse.

Así, los medios de comunicación social escritos, radiales o audiovisuales, publicitan un hecho como cierto, como sucedido, y esa situación de certeza se consolida cuando el hecho no es desmentido a pesar que ocupa un espacio reiterado en los medios de comunicación social.

De esta manera, el colectivo se entera de conflictos armados, de los viajes del Presidente de la República, de los nombramientos que hace el Congreso, de la existencia de crímenes y otros delitos, de la existencia de juicios, etc.

...(omissis)...

De un hecho comunicacional de este tipo, no puede escapar un juez que en la vida actual, incluso como parte de los hechos que debe adquirir para engrosar su conocimiento sobre su entorno social, lee periódicos, oye radio o ve televisión. Es esta difusión comunicacional una de las fuentes de la “sensación o escándalo público” que toma en cuenta el artículo 59 del Código Orgánico Procesal Penal, como presupuesto de la radicación.

Pensar que este hecho del cual toma conciencia no sólo el juez, sino un gran sector del colectivo, es de igual entidad que los otros hechos litigiosos, es una irrealidad. Tan irreal es, que la doctrina enseña que es un requisito de validez del reconocimiento de individuos en rueda de personas, el que las fotografías de los posibles reconocidos no deben haber recibido publicidad previa al acto de reconocimiento.

El hecho publicitado o comunicacional no es un hecho notorio en el sentido clásico, ya que puede no incorporarse como permanente a la cultura del grupo social, sin embargo su publicidad lo hace conocido como cierto en un momento dado por un gran sector del conglomerado, incluyendo al juez; y desde este ángulo se puede afirmar que forma parte durante épocas, de la cultura, así luego desaparezca, ya que su importancia o trascendencia era relativa, tenía importancia solo en un espacio y tiempo limitado y a veces breve.

...(omissis)...

¿Puede el juez fijar al hecho comunicacional, como un hecho probado, sin que conste en autos elementos que lo verifiquen? Si se interpreta estrictamente el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, el cual es un principio general, el juez sólo puede sentenciar en base a lo probado en autos, con excepción del hecho notorio. Tiene así vigencia el vetusto principio que lo que no está en el expediente no está en el mundo. Pero si observamos las sentencias, encontramos que ellas contienen un cúmulo de hechos que no están probados en autos, pero que son parte del conocimiento del juez como ente social, sin que puedan tildarse muchos de ellos ni siquiera como hechos notorios. Así, los jueces se refieren a fenómenos naturales transitorios, a hechos que están patentes en las ciudades (existencia de calles, edificios, etc.), a sentencias de otros tribunales que se citan como jurisprudencia, a obras de derecho o de otras ciencias o artes, al escándalo público que genera un caso, a la hora de los actos, sin que existan en autos pruebas de ellos.

Si esto es posible con esos hechos, que casi se confunden con el saber privado del juez, con mucha mayor razón será posible que el sentenciador disponga como ciertos y los fije en autos, a los hechos comunicacionales que se publicitan hacia todo el colectivo y que en un momento dado se hacen notorios (así sea transitoriamente) para ese colectivo.

Esta realidad lleva a esta Sala a considerar que el hecho comunicacional, como un tipo de notoriedad, puede ser fijado como cierto por el juez sin necesidad que conste en autos, ya que la publicidad que él ha recibido permite, tanto al juez como a los miembros de la sociedad, conocer su existencia, lo que significa que el sentenciador realmente no está haciendo uso de su saber privado; y pudiendo los miembros del colectivo, tener en un momento determinado, igual conocimiento de la existencia del hecho, porque negar su uso procesal.

El hecho comunicacional puede ser acreditado por el juez o por las partes con los instrumentos contentivos de lo publicado, o por grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la difusión del hecho, su uniformidad en los distintos medios y su consolidación; es decir, lo que constituye la noticia.

Pero el juez, concededor de dicho hecho, también puede fijarlo en base a su saber personal, el cual, debido a la difusión, debe ser también conocido por el juez de la alzada, o puede tener acceso a él en caso que no lo conociera o dudase. *Tal conocimiento debe darse por cierto, ya que solo personas totalmente desaprensivos en un grupo social hacia el cual se dirige el hecho, podrían ignorarlo; y un juez no puede ser de esta categoría de personas.*

Planteado así la realidad de tal hecho y sus efectos, concatenado con la justicia responsable y sin formalismos inútiles que el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla; aunado a que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, tal como lo establece el artículo 257 de la vigente Constitución, y que el Estado venezolano es de derecho y de justicia, como lo expresa el artículo 2 ejusdem, en aras a esa justicia expedita e idónea que señala el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a pesar de que el hecho comunicacional y su incorporación a los autos de oficio por el juez, no está prevenido expresamente en la ley, ante su realidad y el tratamiento que se viene dando en los fallos a otros hechos, incluso de menos difusión, *esta Sala considera que para desarrollar un proceso justo, idóneo y sin formalismos inútiles, el sentenciador puede dar como ciertos los hechos comunicacionales con los caracteres que luego se indican, y por ello puede fijar como cierto, los hechos que de una manera uniforme fueron objeto de difusión por los medios de comunicación, considerándolos una categoría de hechos notorios, de corta duración.*

...(omissis)...

Pero con los hechos publicitados la situación es distinta, todos conocen o pueden conocer de ellos lo mismo, y mal puede hablarse que se trata de un conocimiento personal del juez incontralable para las partes. Es por ello que la prohibición del artículo 12 Código de Procedimiento Civil, con su sentido protector de las partes, no opera ante este tipo de hecho, producto de los tiempos actuales y del desarrollo de la comunicación.

Es cierto que el hecho comunicacional, como cualquier otro hecho, puede ser falso, pero dicho hecho tiene características que lo individualizan y crean una sensación de veracidad que debe ser tomada en cuenta por el sentenciador. Esos caracteres confluyentes son: 1) Se trata de un hecho, no de una opinión o un testimonio, si no de un evento reseñado por el medio como noticia; 2) Su difusión es simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales, o radiales, lo cual puede venir acompañado de imágenes; 3) Es necesario que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo, que surjan de los mismos medios que lo comunican, o de otros y, es lo que esta Sala ha llamado antes la consolidación del hecho, lo cual ocurre en un tiempo prudencialmente calculado por el juez, a raíz de su comunicación; y 4) Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta.

...(omissis)...

No existe en las leyes procesales una oportunidad para que las partes consulten a los jueces sobre su conocimiento del hecho notorio clásico, o del notorio comunicacional, lo que carga a las partes, sobre todo con respecto a estos últimos, a probarlos mediante las publicaciones o copias

de los audiovisuales, si es que dudan que el juez no los conozca. A tenor del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil los actos que la ley ordena se publique en periódicos son considerados fidedignos, lo que involucra que el periódico que los contiene también los son, salvo prueba en contrario. Ahora bien, si el ejemplar de la prensa se reputa, sin más, que emana del editor en esos casos, y que dicho ejemplar representa la edición de ese día, igual valor probatorio debe tener el periódico como tal en lo que al resto de su contenido expresa.

Pero para el juez, conocedor del hecho, de oficio puede acogerlo y fijarlo en el fallo, siempre que reúna las condiciones que permiten al hecho comunicacional considerarse notorio (*cursivas del autor*).

En efecto, el día 17 de octubre de 2001 el Presidente de la República estaba físicamente en el extranjero, específicamente en la ciudad de Viena, capital de Austria, en Europa, según su agenda publicada en prensa, lo cual puede ser constatado también en los archivos de la Hemeroteca Nacional, donde constan, entre muchos otros, los reportajes siguientes publicados en el periódico El Nacional, a saber: “*Se ausentará por 20 días del país a última hora el Presidente decidió viajar a Argelia*”, por Hernán Lugo Galicia, el 4 de octubre de 2001, cuerpo “D”, página 2; “*Hugo Chávez inicia hoy gira Europea*”, por Gioconda Soto, del 7 de octubre de 2001, cuerpo “A”, página 10; “*El presidente Chávez en Francia*”, por Hiran Gaviria, el 8 de octubre de 2001, cuerpo “A”, página 8; “*En Argelia cambió su agenda de viaje: El presidente anunció que visitará Arabia Saudita, Libia e Iran*”, el 14 de octubre de 2001, cuerpo “D”, página 3; “*Asamblea Nacional autorizó cambios de la gira presidencial*”, por Miroslaba Suárez, el 17 de octubre de 2001; “*Chávez pidió a la OPEP respetar cuotas*”, el 18 de octubre de 2001, cuerpo “D”, página 1.

De igual forma el periódico El Nacional, en su página web, realizó una edición especial con los grandes temas del año 2001, desglosándolo en los 12 meses del año, y uno de los temas más controversiales fue, precisamente, el viaje del Presidente Hugo Chávez por algunos países de Europa, África y Asia, que se encuentra reseñado casualmente en el mes de octubre de aquel año 2001, intitulado “*Otro viajecito*”.

De manera que surge una interrogante: ¿Cómo una Ley puede ser promulgada y firmada en el Palacio de Miraflores, en Caracas, el 17 de octubre de 2001, y el Presidente de la República y algunos Ministros encontrarse no sólo en lugar distinto a la sede del Poder Ejecutivo Nacional, sino incluso fuera del territorio nacional, estando en el país el Vicepresidente Ejecutivo y otros miembros natos del Consejo de Ministros?

Finalmente, es igualmente sorprendente que en la misma *Gaceta Oficial* de la República, del 17 de octubre de 2001, aparezcan también promulgadas en esa fecha la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley ratificatoria de una convención internacional, además de aparecer dictado en idéntica fecha el Decreto en Consejo de Ministros que acorde con el Artículo 236, numeral 20 de la Constitución de la República, organiza al Gobierno y a la Administración Pública, pues fija “*el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros*”.

Lo curioso, dejando de lado la imposible constitución del Consejo de Ministros en Caracas en esa fecha, por la razón ya explicada, no es solamente que tan trascendentes actos jurídicos hayan sido supuestamente promulgados o dictados aquel día 17 de octubre de 2001, lo cual, de suyo, resultaría igualmente imposible, si se entiende que el Consejo de Ministros habría de analizar en detalle sus contenidos y descartar el veto presidencial, lo que supone orden del día, deliberación, votación y asiento en acta seguido de las firmas, con o sin votos salvados, sino que también hayan sido todos publicados juntos, en

la *Gaceta Oficial de la República* N° 37.305, del mismo día 17 de octubre de 2001, puesta a la venta del público desde la mañana de aquel sarcásticamente tan extraordinariamente fructífero día del 17 de octubre de 2001, de tan solo veinticuatro horas de duración, como cualquier otro del calendario.

Razones espaciales y temporales se conjugan, pues, para evidenciar la imposible promulgación del Código Orgánico Tributario sancionado por la Asamblea Nacional, el 13 de septiembre de 2001.

IV. LA EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CASO CONCRETO

El autor de estas líneas ha tenido oportunidad de plantear varias veces la situación aquí denunciada, al Poder Judicial, con ocasión de la interposición de diversos Recursos Contenciosos Tributarios, en cuyos libelos se ha pedido que, en forma liminar, se desaplique el Código Orgánico Tributario de 2001, por vía de control difuso de la constitucionalidad de la ley, y que el proceso en consecuencia sea sustanciado conforme al Código Orgánico Tributario de 1994.

Sin embargo, los Juzgados Superiores de lo Contencioso Tributario a los cuales han sido distribuidos dichos recursos, en su mayoría, se han limitado a sustanciar los procesos siguiendo la regulación del Código Orgánico Tributario de 2001, ignorando la indicada petición liminar urgente, con clara lesión del derecho de petición y obtención de oportuna y adecuada respuesta, del derecho a la tutela judicial efectiva, del principio de supremacía constitucional y del Estado de Justicia. Ninguno ha sido objeto de la sentencia definitiva.

Únicamente en dos de ellos hubo pronunciamiento liminar al respecto, generándose las inimaginables situaciones judiciales que se comentarán a continuación, con la intención de que sean objeto de reflexión por los abogados, los académicos, los jueces y los magistrados, en pro de la mejoría de nuestro sistema jurídico. Veamos:

A. En el primer caso, tras el ejercicio del Recurso Contencioso Tributario contra un Oficio del Superintendente Municipal de Administración Tributaria, de la Alcaldía del Municipio Libertador del Distrito Capital, el Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario, por Auto de fecha 8 de enero de 2004, estimó que el hecho alegado (el citado viaje del Presidente de la República) no era un hecho notorio y, en consecuencia, negó la solicitud de pronunciamiento liminar, tendente a la ejecución del control difuso de la constitucionalidad, mediando la desaplicación del denunciado Código, al caso concreto.

Reza tal Auto:

...del examen de las Actas procesales se observa que la representación judicial del sujeto pasivo de la presente relación Jurídico Tributaria, solicita la desaplicación del Código Orgánico Tributario de 2001, por ser éste inconstitucional ya que según los alegatos hechos la promulgación de dicho Código, se realizó estando el Presidente fuera del país, en este sentido este Tribunal no considera como un hecho notorio lo alegado por dicha representación y en consecuencia niega dicha solicitud.

El Auto en cuestión fue apelado con base, ante todo, en el desconocimiento, por parte del tribunal, de la anteriormente comentada y trascrita sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, acerca de lo que se debe entender por “hecho notorio comunicacional”, incluso en lo que concierne ilustrativamente con los viajes del Presi-

dente de la República, por carecer de correcta fundamentación, pues erróneamente indica sin más que el hecho denunciado no sería un hecho perfectamente notorio, como comunicacional, para la comunidad residente en nuestro país. Además, se evidencia el falso supuesto presente, al exigirse actividad probatoria dispendiosa, en contra del derecho de acceso a la justicia, sin formalismos inútiles, como lo consagra el artículo 26 de la Constitución.

En otro orden de ideas, el Auto apelado, siendo coherente con su pensamiento errado de que no se estaba en presencia de un hecho notorio, debió entonces, so pena de lesionar el derecho al debido proceso, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa de la recurrente, y para no incurrir en el vicio de absolver la instancia, toda vez que estimó necesaria cierta actividad probatoria, proceder con la apertura de una articulación probatoria, para traer a los autos una compilación de información fechada de los referidos viajes del ciudadano Presidente de la República, al momento en que se suponía que estaría despachando desde la sede del Poder Ejecutivo Nacional, sesionando en Consejo de Ministros, sobre la jamás ocurrida promulgación del Código Orgánico Tributario de 2001.

De este modo, se solicitó de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que revocara ese Auto, ordenándose la desaplicación del Código Orgánico Tributario de 2001, al caso concreto, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad.

Empero, sorpresivamente, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa (Expediente N° 2004-0357), dictó la sentencia N° 02589 del 8 de diciembre de 2004 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/02589-081204-2004-0357.htm>), que declaró sin lugar la apelación, sin pronunciarse siquiera someramente sobre el tema del hecho notorio, que fue precisamente el objeto de la apelación.

En cambio, la discutible sentencia parte de la cuestionable idea de que el control difuso de la constitucionalidad solamente es ejercible cuando la inconstitucionalidad denunciada afecta el contenido normativo del texto de ley, y nunca si ella alude al proceso legislativo, para lo cual, supuestamente, estaría reservado el control concentrado de la constitucionalidad.

Expresa la sentencia en comentario que:

Vistos los términos en que fue dictado el auto objeto de la presente apelación, así como los argumentos esgrimidos en su contra por los representantes de la sociedad mercantil contribuyente, observa la Sala que la presente controversia queda circunscrita a decidir respecto de la solicitud previa de desaplicación del Código Orgánico Tributario de 2001, al juicio contencioso tributario incoado por la contribuyente de autos.

Así las cosas, pudo observar esta Sala que tal pedimento de desaplicación del Código Orgánico Tributario de 2001 al caso de autos, fue formulado por la contribuyente como punto previo en su escrito del recurso contencioso tributario, siendo posteriormente ratificado mediante escrito presentado el 26 de noviembre de 2003; asimismo, para proveer sobre tal solicitud, el Tribunal a quo se pronunció por auto separado del 08 enero de 2004.

En igual sentido, pudo advertir esta alzada que la sociedad mercantil contribuyente al fundamentar su solicitud de desaplicación del aludido Código Orgánico Tributario de 2001, debido a que la promulgación de éste resultaba, a su decir, materialmente imposible en atención a la ausencia en el país del ciudadano Presidente de la República en el lugar y la fecha indicadas en la Gaceta Oficial, consideró que dicho instrumento normativo no estaba válidamente promulgado, por lo

que no podría estar vigente “no siendo más que una Ley sancionada por la Asamblea Nacional, estando vigente el Código Orgánico Tributario de 1994”. En efecto, entiende la Sala que con tal solicitud la contribuyente lo que pretende es la aplicación a la controversia de fondo de las disposiciones contenidas en el Código de 1994.

Ahora bien, vista y analizada como fue la referida solicitud de desaplicación del Código Orgánico Tributario de 2001 al caso de autos, de conformidad con lo previsto en los artículos 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 20 del Código de Procedimiento Civil, observa la Sala que los fundamentos de la misma se circunscribieron tal como se indicó precedentemente, a invocar la inconstitucionalidad del proceso legislativo conforme al cual fue dictado el citado instrumento normativo, toda vez que éste supuestamente fue incumplido en sus etapas finales, vale decir, en las relativas a su promulgación y consiguiente publicación en Gaceta Oficial, visto que, según indica el representante judicial de la contribuyente, para la fecha en que el Presidente de la República le dio el “Cúmplase” y se publicó el texto del mismo en la Gaceta Oficial, el Alto Mandatario Nacional no se encontraba en el país, siendo tal hecho público, notorio y no sujeto a pruebas ante el juzgador de instancia.

Ahora bien, nuestro sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad y legalidad, está orientado para preservar la supremacía y estricta observancia de las disposiciones constitucionales respecto de las legales que pudieran amenazar el texto constitucional; en tal sentido, conforme a dicho mecanismo de control, todos los jueces de la República, cualquiera sea su competencia, están investidos, en el ámbito de sus funciones, del deber de velar por la integridad de nuestra Carta Magna. Así, dicho sistema de control, puede ser ejercido de dos maneras a tenor de lo previsto en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, bien a través del denominado control concentrado o por medio del llamado control difuso, este último también previsto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil; disposiciones normativas éstas que resultan del siguiente tenor:

Artículo 334: Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella. (Destacado de la Sala).

Artículo 20. Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicaran ésta con preferencia.”

El denominado control difuso, radica en la posibilidad que tiene todo juez de causa en los asuntos sometidos a su consideración, de señalar que una norma jurídica de cualquier categoría, bien legal o sub legal, es incompatible con el texto constitucional, procediendo dicho juzgador, bien de oficio o a instancia de parte, a desaplicar y dejar sin efecto legal la señalada norma en el caso concreto, tutelando así la disposición constitucional que resultaba vulnerada. De igual forma, debe destacarse que esta desaplicación ocurre respecto a la causa en particular o caso concreto que esté conociendo el sentenciador, mas no así con efectos generales, por cuanto ello entrañaría otro tipo de pronunciamiento que escaparía del ámbito competencial de dicho juzgador.

Por el contrario, el control concentrado o control por vía de acción ejercido a través de la máxima jurisdicción constitucional (conformada por Sala Constitucional, en algunos casos por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y por los demás Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), supone la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o disposición de rango sub legal, vista su colisión con el texto fundamental, con efectos generales, es decir, erga omnes, distinta de la situación que se configura al desaplicar una normativa en una

controversia determinada a través del control difuso, caso en el cual, como se señaló supra, la norma sólo deja de tener aplicación para el caso en concreto por colidir con la Constitución.

Ahora bien, circunscribiéndonos al caso de autos, observa este Supremo Tribunal que del análisis de los términos en que fue propuesta la mencionada solicitud de desaplicación, se desprende que el pronunciamiento que pretende obtener la contribuyente del “a quo, supone de éste un análisis del proceso legislativo de formación de las leyes, a la luz de las previsiones constitucionales que regulan dicho proceso de formación y que escapa del conocimiento del juez vía control difuso, y que obedece a un pronunciamiento propio del que se verifica mediante el ejercicio de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad, respecto del cual carece de competencia el mencionado Tribunal Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario. En efecto, en el caso de autos la presunta lesión constitucional denunciada por el apoderado de la contribuyente, no encuentra fundamento en una violación o trasgresión de las normas sustantivas contenidas en el mencionado instrumento regulador respecto de los preceptos constitucionales, sino en cuanto a lo referente al señalado incumplimiento del proceso legislativo de formación del mismo”.

Derivado de lo anterior, estima esta Sala que el pedimento previo de desaplicación del Código Orgánico Tributario de 2001, formulado por el apoderado de la contribuyente, no era susceptible de ser decidido mediante la vía del control difuso, sino mediante el ejercicio de un recurso autónomo de nulidad por inconstitucionalidad en el que se determinase, tal como lo denuncia la contribuyente, si la ausencia en el país del ciudadano Presidente de la República constituía o no un hecho notorio, público y comunicacional, y que como derivado de tal ausencia, no pudo verificarse materialmente el procedimiento de formación de las leyes previsto en el texto constitucional. Por tales motivos, esta alzada debe ratificar la decisión dictada el 08 de enero de 2004, por el Tribunal Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y concluir en la improcedencia de la mencionada solicitud de desaplicación al caso de autos del Código Orgánico Tributario de 2001. Así se decide (cursivas del fallo y comillas del autor).

Falsamente asevera esta sentencia que está ratificando al Auto apelado, pues mal puede ser ratificado (reiterado, reproducido) un pronunciamiento que declara no ser un hecho notorio la ausencia del Jefe de Estado del territorio nacional, con una decisión que nada dice al respecto, pero que pretende restar alcance al control difuso de la constitucionalidad de la ley, en desmedro del principio de supremacía de la Constitución, del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho al debido proceso y del Estado de Derecho y de Justicia.

Nadie puede ser obligado a ejercer una acción de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, si cuenta con la posibilidad de invocar la cuestión de constitucionalidad en la causa de su caso concreto, ante el tribunal de instancia. Los jueces han de velar por la preferente aplicación de la Constitución, tanto en lo que respecta a las normas de fondo, como en cuanto concierne a las normas de procedimiento o de forma.

Una Ley dictada por la Asamblea Nacional, cumpliendo el proceso legislativo puede ser inconstitucional, por violar un principio de fondo como la prohibición de la confiscación. Igualmente, una “Ley” perfectamente compatible con los principios constitucionales de fondo, puede ser inconstitucional por emanar del Poder Ciudadano. En ambos casos la Constitución concibe dos controles de constitucionalidad, concentrado o difuso, a ser requeridos a instancia del interesado, según le convenga.

Cabe entonces preguntarse si la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia pretende que si el Presidente de la República dicta un supuesto decreto ley, sin previa ley habilitante al efecto, el afectado tendría que verse aplicar semejante antijuridicidad, sin poder defenderse por medio del control difuso, so pretexto de sólo poder atacarlo por vía de control concentrado??? El juez de instancia, por otra parte, a pesar de

saber de la inexistencia de ley habilitante y de estar obligado a asegurar la supremacía constitucional, tendría que aplicar el tal supuesto decreto ley???

Lo cierto es que frente a esta sentencia, no quedó otra alternativa que pedir su revisión a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como última esperanza de consecución de justicia.

De este modo, con base en los Artículos 7, 26, 49, numerales 1, 3 y 4, 266, numeral 1, 334 y 335 de la Constitución, se solicitó la Revisión Extraordinaria prevista en el numeral 10 del Artículo 336 de la Constitución, de esa sentencia, por tratarse de una sentencia definitivamente firme de una incidencia de apelación, en la cual injustamente se negó la posibilidad judicial de aplicar el control difuso de la constitucionalidad de la ley, bajo una interpretación grotesca que le resta alcance al derecho de acceso a la justicia, al derecho a la tutela judicial efectiva, y al principio de supremacía constitucional.

Como bien sabemos, uno de los grandes problemas que afronta el constitucionalismo contemporáneo es la defensa de la Constitución. La transformación, tan importante en nuestro ámbito sociopolítico, que tuvo lugar en pleno siglo veinte entre el constitucionalismo nominal donde la Constitución no traducía otra cosa que un mero *desideratum* de principios y voluntades- y el normativo aquel que entendía la Norma Fundamental como ley y, por lo tanto, debía efectiva y completamente aplicarse como tal- fue sin duda uno de los grandes pasos de la humanidad en su búsqueda hacia formas democráticas de legitimidad del poder.

No obstante, la creación del Estado constitucional pasaba por conceder algún tipo de solución a la gran pregunta que se han formulado una y otra vez los constitucionalistas: cómo garantizar la efectividad de la Constitución, en particular respecto a la adecuación del resto del ordenamiento jurídico a sus preceptos. En el mundo anglosajón se optó -así había tenido lugar tradicionalmente- por lo que se denominó control difuso de la constitucionalidad, donde la decisión sobre la adecuación de las normas no constitucionales a la Constitución queda en manos de los jueces ordinarios, que van de esta manera tejendo el significado de la madeja constitucional.

Los sistemas europeos, a diferencia de lo anterior, optaron por un sistema de control concentrado de la constitucionalidad. El debate entre Schmitt, a favor de dejar en manos del Ejecutivo la interpretación de la Constitución, y Kelsen, que propugnó la creación de un Tribunal "*ad hoc*" para llevar a cabo esta función, concluyó en la victoria de los postulados kelsenianos, que por otra parte encajaban bien en la estructura de jerarquía normativa, con la Norma Fundamental en su cima, sobre la que este autor había asentado gran parte de su teoría jurídica. Algunas cuestiones que planteaba la creación de dicho Tribunal constitucional fueron resolviéndose durante su concreción en los textos constitucionales, como su legitimidad democrática de origen, su funcionamiento o la naturaleza de su función.

Cabe señalar que, el nombre de control difuso lo usó Carl Schmitt en los años 30, y luego Piero Calamandrei en los 50 lo fundamentó más ampliamente. Fue aplicado al sistema norteamericano, es decir, al sistema llamado americano, en el cual se daba esa opción, en principio, a todos los jueces o, en todo caso, a los jueces más representativos como cabeceras de corte, de distrito, o de Estado. Era una facultad que se daba a un número indefinido de jueces para ejercer un tipo de control. Pero se daba en forma incidental, a raíz de un proceso, en un caso concreto, cuando había actores en el proceso, y cuando había consecuencias inmediatas. Esa es la naturaleza del llamado control difuso, que lamentablemente no ha sido bien entendido. Este sistema de control es lo que califi-

ca, digamos, al sistema llamado americano, pero también se da en ciertas circunstancias en el llamado modelo europeo, cuando el reclamo, la queja, o el recurso, está formulado por un particular, dentro de un caso concreto. En efecto, no es privativo del modelo americano, lo que pasa es que es característico del sistema americano, pero también se puede dar en el sistema concentrado, pero dentro de sus propios límites.

Sin embargo, el problema es si en una acción de inconstitucionalidad, puede realmente ejercitarse o usarse, el control difuso. El control a través de una acción de inconstitucionalidad como lo tienen muchos países más es un control abstracto, es una especie de juicio de puro derecho, y lo que se busca es una suerte de análisis teórico, abstracto, entre una norma superior y una inferior, que aparentemente colisionan.

Con relación al control concentrado, se puede decir que es una modalidad típicamente europea, que nació para evitar problemas y roces con el Parlamento, vale decir, nace el control abstracto como acción para evitar roces con el Parlamento y evitar problemas al Poder Judicial. Existen antecedentes en América Latina específicamente en Venezuela y Colombia, aunque es un modelo perfeccionado en Europa y vinculado fundamentalmente con los Tribunales Constitucionales europeos.

De hecho, Venezuela se circunscribe dentro de lo que se ha dado en llamar un sistema mixto de control de la constitucionalidad, en el cual coexisten tanto el control concentrado, directo u objetivo, a cargo de la Sala Constitucional, como el control difuso, indirecto o subjetivo, confiado a todo tribunal, ambos de naturaleza “*a posteriori*”, por corresponder a leyes ya entradas en vigencia, y con previsión también del denominado control concentrado “*a priori*”, antes de que la ley sea promulgada, cualquiera sea la razón, formal o material, de la inconstitucionalidad alegada frente al texto de ley cuestionado.

Es así que en sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, se ha establecido que:

Al respecto, observa esta Sala Constitucional que el precepto cuya aplicación se solicitó, dispone:

Artículo 20.- Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Jueces aplicarán ésta con preferencia.

La transcrita norma legal contiene lo que la doctrina y jurisprudencia han denominado el control difuso de la constitucionalidad, de acuerdo con el cual el juez, aún de oficio, puede desaplicar una norma legal vigente cuya aplicación se haya solicitado, si considera que su contenido colide con una norma constitucional. Tal potestad, establecida en las Disposiciones Fundamentales del Código de Procedimiento Civil, está atribuida a todos y cada uno de los funcionarios que ejercen la magistratura en toda la República, indistintamente del grado, nivel o jerarquía del Tribunal a su cargo, y así ha sido entendido pacífica y reiteradamente desde la consagración de tal instituto en el ordenamiento jurídico venezolano, es decir, que la potestad contenida en el inserto precepto legal puede y debe ser instrumentada por cualquier juez cuando ello resultare necesario.

En el presente caso, se observa, que habiendo sido solicitado del Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, un pronunciamiento acerca de la desaplicación de una norma legal, contenida en el Código Orgánico Tributario, dicho Juzgado estaba obligado a determinar si efectivamente la aplicación de la misma al caso sometido a su conocimiento, resultaba o no, violatoria de los derechos y garantías constitucionales invocados como violados con su aplicación, por lo que no debió el Juez a quo expresar, con una fórmula que revela una evidente ignorancia del Derecho, que no poseía facultades para

declarar la inconstitucionalidad de la norma cuyo empleo en el caso bajo examen se estaba cuestionando.

Así, se observa que el primer aparte del artículo 334 constitucional, establece:

...omissis...

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente."

De tal manera que, considera esta Sala Constitucional que, no sólo constituía una obligación legal de la referida Juez Superior Quinto de lo Contencioso Tributario, el pronunciarse y posteriormente desaplicar, de ser procedente, la norma cuya desaplicación le fue solicitada, sino que además se trataba de un imperativo que le imponía de manera directa una disposición constitucional.

Por lo que, en virtud de lo expresado y en ejercicio de la tuición constitucional que ejerce esta Sala, la misma considera procedente la nulidad de la sentencia impugnada, proferida por el Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Tributario y se ordena al mencionado Juzgado Superior que dicte nueva sentencia en la que se pronuncie acerca de lo solicitado por el actor, y así se declara (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 2 de abril de 2001, con ponencia del Magistrado Antonio J. García García, Caso *Industrias Lucky Plas, C.A.* (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/sc/abril/620-020501-01-0106.htm>).

También se ha manifestado el Tribunal Supremo de Justicia, sobre la diferencia entre el control difuso y el control concentrado. Veamos:

Debe esta Sala, con miras a unificar la interpretación sobre el artículo 334 de la vigente Constitución, y con carácter vinculante, señalar en qué consiste el control difuso, y en qué consiste el control concentrado de la Constitución.

El artículo 334 de la Constitución, reza:

Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella".

Consecuencia de dicha norma es que corresponde a todos los jueces (incluso los de la jurisdicción alternativa) asegurar la integridad de la Constitución, lo cual adelantan mediante el llamado control difuso.

Dicho control se ejerce cuando en una causa de cualquier clase que está conociendo el juez, éste reconoce que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), que es incompatible con la Constitución. Caso en que el juez del proceso, actuando a instancia de parte o de oficio, la desaplica (la suspende) para el caso concreto que está conociendo, dejando sin efecto la norma en dicha causa (y sólo en relación a ella), haciendo prevalecer la norma constitucional que la contraría.

Por lo tanto, el juez que ejerce el control difuso, no anula la norma inconstitucional, haciendo una declaratoria de carácter general o particular en ese sentido, sino que se limita a desaplicarla en el caso concreto en el que consideró que los artículos de la ley invocada, o hasta la propia ley, coliden con la Constitución.

La declaratoria general de inconstitucionalidad de una o un conjunto de normas jurídicas (leyes), corresponde con exclusividad a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien, ante la colisión, declara, con carácter erga omnes, la nulidad de la ley o de la norma inconstitucional. Dicha declaratoria es diferente a la desaplicación de la norma, tratándose de una decisión de nulidad que surte efectos generales (no para un proceso determinado) y contra todo el mundo. Mientras que los Tribunales de la República, incluyendo las Salas del Tribunal Supremo de Justicia diferentes a la Constitucional, pueden ejercer sólo el control difuso. Las Salas Constitucional y Político Administrativa pueden ejercer el control difuso en una causa concreta que ante ella se ventile, y el control concentrado mediante el juicio de nulidad por inconstitucionalidad, cuyo conocimiento a ellas corresponde. La máxima jurisdicción constitucional se refiere al control concentrado, el cual es un control por vía de acción, que lo ejerce la Sala Constitucional, conforme al artículo 336 constitucional y, en ciertos casos, la Sala Político Administrativa.

Conforme al artículo 334 aludido, el control difuso sólo lo efectúa el juez sobre normas (lo que a juicio de esta Sala incluye las contractuales) y no sobre actos de los órganos que ejercen el poder público, así ellos se dicten en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

No debe confundirse el control difuso, destinado a desaplicar normas jurídicas, con el poder que tiene cualquier juez como garante de la integridad de la Constitución, de anular los actos procesales que atentan contra ella o sus principios, ya que en estos casos, el juzgador cumple con la obligación de aplicar la ley, cuya base es la Constitución.

Distinta es la situación del juez que desaplica una norma porque ella colide con la Constitución, caso en que la confrontación entre ambos dispositivos (el constitucional y el legal) debe ser clara y precisa.

Esto último, conlleva a la pregunta ¿si en ejercicio del control difuso un juez puede interpretar los principios constitucionales, y en base a ellos, suspender la aplicación de una norma?

Fuera de la Sala Constitucional, debido a las facultades que le otorga el artículo 335 de la Constitución vigente, con su carácter de máximo y último intérprete de la Constitución y unificador de su interpretación y aplicación, no pueden los jueces desaplicar o inaplicar normas, fundándose en principios constitucionales o interpretaciones motu proprio que de ellas hagan, ya que el artículo 334 comentado no expresa que según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso. Esta es función de los jueces que ejercen el control concentrado, con una modalidad para el derecho venezolano, cual es que sólo la interpretación constitucional que jurisdiccionalmente haga esta Sala, es vinculante para cualquier juez, así esté autorizado para realizar control concentrado.

Ahora bien, el juez al aplicar el derecho adjetivo, debe hacerlo ceñido a la Constitución, adaptándose en sus actuaciones a lo constitucional, y por ello sin que se trate de un control difuso, sino de aplicación de la ley, puede anular los actos procesales que contraríen a la Constitución, y sus principios. Este actuar amoldado a la Constitución es parte de su obligación de asegurar la integridad constitucional y, dentro de la misma, el juez debe rechazar en su actividad todo lo que choque con la Constitución.

Conforme a lo expuesto, la defensa y protección de los derechos fundamentales corresponde a todos los jueces, los que los ejercen desde diversas perspectivas: mediante el control difuso y, otros, mediante el control concentrado; pero todo este control corresponde exclusivamente a actos netamente jurisdiccionales, sin que otros órganos del Poder Público, ni siquiera en la materia llamada cuasi-jurisdiccional, puedan llevarlo a cabo. El artículo 334 constitucional es determinante al respecto.

A diferencia de otros países (donde existen tribunales constitucionales) en Venezuela, -siendo parte del Poder Judicial- se encuentra la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a la cual corresponde la jurisdicción constitucional, pero tal jurisdicción no tiene una cobertura total en el control concentrado.

El artículo 334 de la Constitución, crea la jurisdicción constitucional, la cual corresponde a la Sala Constitucional.

La jurisdicción constitucional tiene encomendado el control concentrado de la Constitución. Ese control concentrado, que corresponde con *exclusividad* a la Sala Constitucional conforme al artículo 334 antes citado, otorga competencia a esta Sala para declarar la nulidad de:

- 1) *Leyes;*
- 2) *Actos de los órganos que ejercen el Poder Público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución;*
- 3) *Actos de los órganos que ejercen el Poder Público que tengan rango de ley.*

El artículo 336 eiusdem, aclara la enumeración del artículo 334 en su tercer parágrafo, y considera leyes:

- 1) Las nacionales emanadas de la Asamblea Nacional (numeral 1);
- 2) Actos con rango de ley, emanados de la Asamblea Nacional (numeral 2);
- 3) Constituciones Estadales (numeral 2);
- 4) Leyes Estadales (numeral 2);
- 5) Ordenanzas Municipales (numeral 2);
- 6) Actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional (numeral 3).

De este último tipo de actos, los decretos leyes dictados por el Ejecutivo (artículo 336, numeral 10), producto de leyes habilitantes, son actos con rango de ley, y como leyes son de igual naturaleza que la normativa dictada por la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia en el ejercicio del artículo 267 constitucional.

Planteado así la interpretación de los artículos 334, 335 y 336 de la Constitución, ¿en materia de control concentrado de la Constitución tiene alguna competencia la Sala Político Administrativa?

Con base en que el artículo 335 constitucional otorga al Tribunal Supremo de Justicia la garantía, supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, se ha argüido que las Salas del Tribunal Supremo de Justicia ejercen tal garantía, pero de la letra del artículo y de lo que, en teoría, corresponde a la jurisdicción constitucional, lo que se evidencia es que es a la Sala Constitucional a quien se refiere el artículo 335 y no a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, ya que dicha norma establece que el Tribunal Supremo de Justicia es el máximo y último intérprete de la Constitución, y a continuación establece: “Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

Por lo tanto, el artículo 335 no está otorgando a ninguna Sala distinta a la Constitucional, ningún tipo de control concentrado, sino sólo el control difuso, ya que si no ¿cómo entender que siendo el Tribunal Supremo el máximo y último intérprete de la Constitución, sea la Sala Constitucional la que establece interpretaciones vinculantes para las otras Salas?

Sin embargo, el artículo 266 de la Constitución, en su numeral 5, atribuye a la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo: “Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente”.

Se da así, al reglamento, naturaleza de acto administrativo y, como tal, se le coloca en el mismo plano de las resoluciones ministeriales, que son los demás actos a que se refiere el artículo transcrito; a pesar que el numeral 5 del artículo 266 citado, no se refiere a la nulidad por inconstitucional. La Sala Político Administrativa ha venido sosteniendo que -fundada además en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia-, es competente para conocer de tales nulidades, compartiendo con la Sala Constitucional el control concentrado. ¿Realmente es así?

A juicio de esta Sala, y aunque el numeral 5 de la mencionada norma constitucional no lo establezca expresamente, al Reglamento -como acto administrativo- le dio, el constituyente, una connotación distinta a los “actos con rango de ley” que dicta el Ejecutivo Nacional que, en consecuencia, son otros, como los decretos leyes que, previa autorización por una ley habilitante, puede dictar el Ejecutivo (artículo 236, numeral 8 de la Constitución), por lo que la jurisdicción constitu-

cional para el control concentrado está compartida en Venezuela entre la Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa; pues, esta última también conoce de la inconstitucionalidad de los actos de los órganos estatales en ejercicio del poder público que no respondan a la aplicación directa e inmediata de la Constitución. Sin embargo, la estructura constitucional conduce a que la jurisdicción constitucional, ejercida por la Sala Político Administrativa, esté supeditada en cuanto a las interpretaciones constitucionales, a las emitidas -con efecto vinculante- por la Sala Constitucional.

El control concentrado de la Sala Constitucional, no consiste en el conocimiento de la constitucionalidad de toda norma pública (normas generales) y de todos los actos del poder público, ya que la Sala Político Administrativa ejerce un control mediato de la inconstitucionalidad, motivo por el cual el artículo 336 de la vigente Constitución, se refiere con respecto a la competencia de la Sala Constitucional, a actos de los órganos estatales en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Como expresa Pablo Pérez Tremps en su obra "*Tribunal Constitucional y Poder Judicial*" (Centro de Estudios Constitucionales, pp. 116) "determinar qué violación es mediata y cuál inmediata no es tarea sencilla, ya que hay manifestaciones jurídicas inmediatamente subordinadas a la Constitución distinta de las leyes, por contener la Carta Fundamental normas materiales dirigidos a todos los poderes públicos y no solo normas para la creación de normas. La constitucionalidad no está en la actualidad referida sólo a las leyes, sino a todas las actuaciones de los Poderes Públicos" y, en consecuencia, a los actos de los jueces y tribunales, como apunta Pérez Tremps (*ob. cit.* pp. 118). Dada esa amplitud, todos los conflictos derivados de la aplicación de la norma constitucional no pueden ser atribuidos al conocimiento de la jurisdicción constitucional stricto sensu (Tribunales Constitucionales, en Venezuela, Sala Constitucional), y por ello, al existir categorías jurídicas, que a veces rompen la relación de subordinación inmediata entre Constitución, leyes, reglamentos, actos en ejecución inmediata o mediata del Texto Fundamental, tienen a su vez que existir categorías en la jurisdicción, respecto al control concentrado de la Carta Fundamental.

Siendo la Constitución la cúspide del ordenamiento jurídico, *tanto en lo formal como en lo material*, no puede prescindirse de ella en la aplicación e interpretación de todo el ordenamiento, por lo que todos los jueces, y no sólo los de la jurisdicción constitucional, están en el deber de mantener su integridad, y de allí, surge el control difuso, así como las extensiones señaladas del control concentrado (cursivas del autor) (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, caso *Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao*, del 25 de mayo de 2001 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/sc/mayo/250501-00-2106.htm>)).

Ahora bien, vistos los antecedentes jurisprudenciales citados y de igual forma los argumentos de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se puede observar una confusión entre la desaplicación casuística de una ley y la declaratoria de nulidad de esa misma ley por un Juez incompetente.

Las leyes no pueden entrar en vigencia y generar efectos si no han sido creadas siguiendo estrictamente el procedimiento para su formación, constitucionalmente previsto. De dictarse y publicarse una ley (o seudo ley) en tales condiciones, los ciudadanos, en resguardo del pacto social y en justificación de la renuncia hecha a parcelas de su libertad, a favor del bien común, sólo disponen de los mecanismos de control de la constitucionalidad, que tienden a hacer realidad el principio de supremacía de la Constitución, trátese de que la misma haya sido violada en aspectos formales o materiales, eso poco importa. Cualquier juez, presumido concededor del derecho, ha de estar familiarizado con el proceso legislativo, precisamente, entre otras cosas, para estar seguro de cuales son las leyes vigentes y aplicables en la República, por haber sido dictadas conforme a la Constitución, en lo formal y en lo material. Además, todo juez sabe por sus máximas de experiencia que no se puede estar en dos sitios a la vez, y que si se esta en un sitio y se declara

ra estar en otro, en el mismo momento, se incurre en una falsedad, impropia o inadecuada en el actuar de quienes ejercen el poder público.

El hecho notorio comunicacional evidencia la ausencia del territorio nacional del Jefe de Estado, el 17 de octubre de 2001, la simple lectura de la *Gaceta Oficial* del día revela la falsa declaración de su presencia en Miraflores, todo lo cual pone de bulto el incumplimiento de la promulgación real del Código en cuestión, y el principio de supremacía de la Constitución exige de su guardador, el juez, el Poder Judicial, que por la vía difusa o concentrada, según haya elegido el interesado, en su derecho, cuando no de oficio de forma difusa, que sea preferida la Constitución, y, en este caso, desaplicado al juicio en concreto, sin pretensiones “*erga omnes*”, cosa que eventualmente pudiera interesar al Defensor del Pueblo, pero que en este caso se limita a salvaguardar legítima y lícitamente los derechos subjetivos de la recurrente.

Cómo puede la Sala Político-Administrativa, en un Estado de Derecho y de Justicia, pretender que los jueces, no obstante serles patente el menoscabo del proceso legislativo por parte del Legislador o del Ejecutivo, y a pesar del principio de supremacía de la Constitución, que la hace obligatoria a todo órgano público, se hagan de la vista gorda y apliquen la supuesta ley, so pretexto de que la única forma de corregir el tema, es mediante el control concentrado??? Con este criterio cualquier ente público podría dictar pretendidas leyes, sin cumplir los procedimientos institucionales, sin que los jueces pudieran hacer nada más que ejecutarlas, en la espera de que alguien ejerza la acción de inconstitucionalidad y sus resultados.

De tal forma que el Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario tenía competencia para conocer de la solicitud de desaplicación por vía de control difuso, de la integralidad del viciado en su promulgación Código Orgánico Tributario de 2001, como se solicitó a la Sala Político-Administrativa, no pudiendo ella hacer una interpretación grosera, restrictiva del alcance justo de la norma constitucional consagratoria del control difuso, en armonía con el principio de supremacía constitucional, por lo que se pidió la anulación de la sentencia por Revisión Extraordinaria.

No obstante todo lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 22 de febrero de 2005 dictó la sentencia N° 53, con ponencia del Magistrado Luís Velásquez Alvaray (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/53-220205-05-0171.htm>), donde se limitó a expresar su auto conferida soberanía para decidir qué casos revisa y cuáles no, indicando inmotivadamente que optaba por no revisar este caso, dejando en suspenso tan trascendental punto para una democracia y un Estado de Derecho y de Justicia.

B. Y, en el segundo caso, luego del ejercicio del Recurso Contencioso Tributario contra un Oficio del Superintendente Municipal de Administración Tributaria, de la Alcaldía del Municipio Libertador del Distrito Capital, el Juzgado Superior Octavo de lo Contencioso Tributario, por Auto de fecha 18 de septiembre de 2003, se declaró incompetente para conocer “*in limine litis*” del punto previo tendente a la ejecución del control difuso de la constitucionalidad, mediando la desaplicación del denunciado Código, al caso concreto, afirmando extrañamente que:

Declarar la inconstitucionalidad de las leyes, en ejercicio del denominado control concentrado, corresponde por disposición constitucional, en forma exclusiva, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por así establecido en el artículo 236, numeral 1, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 334, segundo aparte *ejusdem*.

Corresponde a todos los jueces de la República en el ámbito de su competencia, ejercer el denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes, por así disponerlo el artículo 334, primer aparte *ejusdem*.

En el caso de autos, observa el Tribunal que el pedimento no se circunscribe a la desaplicación casuística de una disposición legal incompatible con la Constitución, sino de la desaplicación total de la ley por un presunto vicio en su promulgación.

La desaplicación total del Código Orgánico Tributario de 2001 al caso de autos, por el presunto vicio señalado, tendría como consecuencia, en criterio de este Tribunal, una confusión entre la desaplicación casuística de una ley por Juez incompetente y así se declara.

Frente a este pronunciamiento, el tribunal remitió la totalidad del expediente (no obstante su clara competencia para conocer del recurso) a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ante la cual la recurrente consignó un escrito de oposición, con fundamento en los siguientes argumentos:

La pretensión de la recurrente fue la desaplicación total o integral del Código Orgánico Tributario sancionado por la Asamblea Nacional en septiembre de 2001, y pretendidamente promulgado el 17 de octubre de 2001, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.305 de esa última fecha, por las razones anteriormente expresadas, lo cual es lo propio de un control difuso de constitucionalidad.

Sobre la evidente competencia de todo juez, para ejercer el control difuso, indirecto o subjetivo de la constitucionalidad, la Sala Constitucional ha sostenido:

Finalmente, aprecia esta Sala que el Juzgado Segundo Superior de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, hoy Área Metropolitana de Caracas, desaplicó, en el caso de autos, la Ordenanza sobre el Régimen de Contingencia a la cual deberán someterse los contribuyentes a quienes se les determinen impuestos complementarios por reparos fiscales, que sancionó el Concejo del Municipio Rosario de Perijá, a través del control difuso de la constitucionalidad -artículo 20 del Código de Procedimiento Civil-, por considerarla violatoria de los derechos a la defensa y a la libertad económica que establecieron los artículos 68 y 96 de la Constitución derogada, *análisis que esta Sala estima ajustado a derecho, por cuanto cualquier Juez tiene la facultad de la desaplicación de aquella disposición que colida con la Constitución, porque ésta es la norma suprema* (Cursivas del autor) (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz, caso *Compañía Occidental de Hidrocarburos, Inc.*, del 19 de junio de 2002 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1328-190602-00-1345%20.htm>)).

Ahora bien, se puede observar de los bien intencionados argumentos del Juzgado Superior Octavo de lo Contencioso Tributario, para declarar su propia incompetencia, una confusión entre la desaplicación casuística, concreta y subjetiva de una ley y la declaratoria abstracta y objetiva de nulidad *erga omnes* de esa misma ley.

En efecto, lo que distingue una petición de ejercicio del control concentrado, directo u objetivo de constitucionalidad de una referida al control difuso, indirecto o subjetivo de la constitucionalidad, aparte del tema de la competencia judicial, que en lo primero está monopolísticamente confiado a la Sala Constitucional, sin duda, y en lo segundo se atribuye por igual a todos los jueces de la República, dentro del ámbito de los casos que

están llamados a conocer, sin discrepancia alguna, no es si el requerimiento se refiere a uno o más artículos o dispositivos o a un texto legal completo o a más de uno, sino la pretensión procesal involucrada en el actuar del justiciable.

Así, si lo que se pide es la anulación abstracta, con efectos *erga omnes*, del o de los dispositivos legales o texto completo de leyes, se trata de una acción de inconstitucionalidad, que pone en movimiento el control concentrado, directo u objetivo de la constitucionalidad, siendo ello del conocimiento privativo de la Sala Constitucional.

Pero, si lo que se clama es por la simple desaplicación en concreto, a un caso particular, en un Recurso Contencioso Tributario, de uno o más dispositivos legales o, como en este caso, de un texto de ley total, por adolecer de un vicio de inconstitucionalidad que lo afecta integralmente, se asiste al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, incidental, cuya competencia corresponde sólo al tribunal de la causa.

De este modo, se puede ver que el Juzgado Superior Octavo de lo Contencioso Tributario tiene efectivamente y por mandato expreso del artículo 334, primer aparte de la Constitución, competencia para conocer y decidir *in limine* del punto de marras, por tratarse de una petición de ejercicio del control difuso, indirecto o subjetivo de constitucionalidad, tendente no a la anulación, como mal lo interpretó el juez de la causa, sino a la desaplicación a este único y específico caso, el de la recurrente, de la totalidad del Código Orgánico Tributario de 2001. Empero, aun no ha habido pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En consecuencia, no obstante tener ya más de dos años este tema de la inconstitucional promulgación del Código Orgánico Tributario de 2001 planteado ante el Poder Judicial, siendo su causa un hecho notorio comunicacional que ya supera los cuatro años, continuamos asistiendo a un vacío frente al clamor de justicia, en donde los jueces y magistrados, por otra parte, siguen sin mas aplicando el denunciado Código, con burla de la seguridad jurídica, de la tutela judicial efectiva, del principio *iura novit curia*, del principio de supremacía constitucional y del Estado de Derecho y de Justicia.

V. CONCLUSIÓN

En nuestro criterio, al no haber sido posible llevar a cabo en términos constitucionales la promulgación del Código Orgánico Tributario, sancionado por la Asamblea Nacional el 13 de septiembre de 2001, en el lugar y fecha expuestos en la referida *Gaceta Oficial de la República* del 17 de octubre de 2001 (que por ende contiene datos falsos), ha de encontrarse todavía vigente el Código Orgánico Tributario del 25 de mayo de 1994, debido a que formal y constitucionalmente nunca hubo tal promulgación de ley.

Las leyes solo pueden ser derogadas por otras leyes, reza el Artículo 218 de la Constitución de la República siendo obvio que esas otras leyes, para ser tales, deben haber cumplido con el iter constitucional de formación, en un Estado de Derecho. "*Lex dura lex*".

Por todo lo anteriormente expuesto, y a pesar de lo inefectivo e injusto que ha sido acudir al Poder Judicial en espera de asegurar el respeto constitucional, es lo cierto que el Código Orgánico Tributario de 2001, so pena de desacatar letra expresa de la Constitución y afectar el principio de seguridad jurídica y el Estado de Justicia, no se encuentra válidamente promulgado y, por lo tanto, tampoco puede estar vigente, no siendo más que una ley sancionada por la Asamblea Nacional, estando vigente el Código Orgánico Tributario de 1994.

§53. LA FACULTAD DE REVISIÓN DE SENTENCIAS DESPUÉS DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Jesús M. Casal H.

Decano Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Andrés Bello

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ) ha dado lugar a serias controversias, derivadas de los motivos que condujeron a la presentación del respectivo proyecto de ley, del procedimiento seguido para su admisión y sanción, de su técnica legislativa y de su contenido normativo.

Su repercusión en el ámbito de la justicia constitucional es significativa. Incluso allí donde dicha ley se limita a consolidar criterios ya establecidos por la jurisprudencia constitucional, sus consecuencias hacia el futuro son considerables. Y también es relevante la interpretación que de sus preceptos ha realizado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En este trabajo nos centraremos en el tratamiento legal y jurisprudencial de la facultad de la Sala Constitucional de revisar sentencias definitivamente firmes, después de la LOTSJ. Su estudio es capital desde la óptica del funcionamiento de la Sala Constitucional, de las relaciones de esta Sala con las demás que componen el Tribunal Supremo de Justicia y de la garantía de la seguridad jurídica. La regulación de esta facultad de la Sala Constitucional en la citada ley, y la interpretación jurisprudencial que ha recibido, colocan a la justicia constitucional ante serias dificultades, muchas de ellas sustentadas en tendencias jurisprudenciales ya desarrolladas por dicha Sala. El análisis de este tema estará acompañado de una ojeada a la situación de la justicia constitucional antes de la LOTSJ y de una valoración global de las implicaciones de tal ley en este ámbito, así como del examen de las alteraciones que el proyecto correspondiente, en la versión aprobada en segunda discusión, sufrió de manera irregular en materias fundamentales para la justicia constitucional.

II. SITUACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ANTES DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Son múltiples los rasgos que distinguen la evolución de la justicia constitucional desde la aprobación de la Constitución de 1999 hasta la promulgación de la LOTSJ. Desde una óptica procesal o competencial, a la cual se circunscribe este trabajo, lo más resaltante es la inclinación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a acrecentar sus atribuciones, mediante pretendidas interpretaciones constitucionales que tienen en

realidad escaso soporte normativo. Esta propensión a la autoatribución de competencias se ha puesto de manifiesto en la creación del recurso directo de interpretación de la Constitución; en la expansión de la facultad de revisión de sentencias; en el sobredimensionamiento de la figura del avocamiento, en particular del que puede ejercer la propia Sala Constitucional; en la amplitud reconocida a los poderes de esta Sala para solventar omisiones del legislador; en el desarrollo, sin claros límites y condiciones, de la llamada jurisdicción normativa; en el alcance conferido al carácter vinculante de sus interpretaciones constitucionales y, en suma, en el poder genérico de garantía constitucional que dice ostentar¹.

De manera coetánea y en parte correlativa a esta extensión competencial impulsada por la Sala Constitucional, se observa una marcada tendencia centralizadora que conspira contra el carácter mixto o integral de nuestro sistema de justicia constitucional. En buena medida, el mismo ensanchamiento de las atribuciones de la Sala Constitucional ha repercutido desfavorablemente, directa o indirectamente, en el papel del juez ordinario en la interpretación y defensa de la Constitución, el cual se ve disminuido por la generalización del avocamiento; por la concentración en esa Sala de la competencia para conocer amparos autónomos dentro del Tribunal Supremo de Justicia; por la concepción de la Sala Constitucional sobre el efecto vinculante de su jurisprudencia en materia constitucional, plasmada en varias de sus sentencias, y por el uso de la facultad de revisión como instrumento para asegurar la obediencia ciega de los órganos judiciales a tal jurisprudencia. Adicionalmente, la Sala Constitucional ha sentado criterios restrictivos del control difuso de la constitucionalidad, encomendado a todos los jueces de la República, y ha monopolizado el conocimiento de las acciones destinadas a la tutela de intereses difusos o colectivos, en detrimento de las atribuciones que ya ostentaban los jueces ordinarios y que la Constitución de 1999 en su artículo 26 confirma.

Ante estas orientaciones jurisprudenciales, que han suscitado numerosas críticas, cabe pensar que el legislador podría clarificar las competencias de la Sala Constitucional y corregir algunos de esos excesos. No olvidemos que, a diferencia de lo que ha sucedido con otras Salas o Tribunales Constitucionales, la nuestra nació sin que existiera un marco legislativo para su actuación, pues entró en funcionamiento con base en lo dispuesto en el Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público. Esto explica, aunque no necesariamente justifica, que dicha Sala haya introducido criterios provisionales sobre el alcance y la forma de ejercicio de sus competencias, válidos hasta la aprobación de las leyes correspondientes, en especial de la legislación relativa al Tribunal Supremo de Justicia, al amparo constitucional y a la jurisdicción constitucional.

Sin embargo, la promulgación de la LOTSJ no ofrece un panorama esperanzador. Al contrario, esta ley ha comportado una confusión interpretativa en la materia mayor a la derivada de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y ha consolidado, en virtud de ardidés parlamentarios que luego mencionaremos, la voracidad competencial de la Sala Constitucional. Además, las propias deficiencias del texto normativo citado, en lo que a su contenido y técnica legislativa respecta, han permitido a esa Sala mostrarse sin rubor liberada de la sujeción a sus preceptos, a lo que se añade un salto cualitativo que hasta ahora ha pasado inadvertido: criterios establecidos por la Sala Constitucional con carácter provisional hasta la intervención del legislador han sido erigidos por ella en definitivos, contrariando el tenor de la nueva ley. Estos asuntos serán examinados en los siguientes apartados.

1 Al respecto *vid.* nuestro estudio "Los actuales desafíos de la justicia constitucional en Venezuela", *XXX Jornadas J.M. DOMÍNGUEZ ESCOBAR, Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos*, Barquisimeto, IEJEL, 2005, pp. 287 y ss.

III. IMPLICACIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. Valoración general de estas implicaciones

Conviene ante todo preguntarse qué cabía esperar de la LOTSJ en lo que concierne a la justicia constitucional. La verdad es que al respecto no debían existir grandes expectativas, porque no era ésta la ley llamada a abordar los grandes temas del Derecho Procesal Constitucional y a resolver los principales problemas suscitados por algunas de las líneas jurisprudenciales trazadas por la Sala Constitucional; este papel incumbe a la ley orgánica de la jurisdicción constitucional y, en parte, a la legislación sobre el amparo constitucional.

No obstante, la LOTSJ debía inevitablemente tratar asuntos directamente relacionados con la justicia constitucional, tales como la determinación del número de Magistrados de la Sala Constitucional, hasta entonces derivado de las designaciones efectuadas en 1999 por la Asamblea Nacional Constituyente, y el señalamiento de las competencias del Tribunal Supremo de Justicia correspondientes a dicha Sala. Al enunciar estas competencias la Ley debía referirse fundamentalmente a las previstas en el artículo 336 de la Constitución, y en otras disposiciones constitucionales que otorgan atribuciones a la Sala Constitucional (arts. 203 y 214). Los aspectos vinculados a los procedimientos de las acciones o recursos cuyo conocimiento corresponde a la Sala Constitucional podían remitirse a la legislación especial, estableciendo la aplicación provisional de las normas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y de los criterios jurisprudenciales fijados por esa Sala. Ello en el entendido de que paralelamente se estaría preparando la legislación sobre la jurisdicción constitucional, respecto de la cual la Asamblea Nacional también estaba en mora, a tenor de las Disposiciones Transitorias Cuarta y Sexta de la Constitución. Bajo estas premisas, la LOTSJ no habría de introducir innovaciones significativas en el régimen de la justicia constitucional, dejando a la ley orgánica sobre la jurisdicción constitucional la resolución de temas álgidos ligados al funcionamiento de la Sala Constitucional.

Pero la LOTSJ siguió un camino distinto. Pretendió regular y quizás alterar la distribución de competencias en materia de amparo (art. 5, num. 5 y 18 a 20); previó una acción de reclamo dirigida a proteger el derecho de rectificación o respuesta o el derecho al honor (art. 5, num. 4); acrecentó el espectro de la acción de inconstitucionalidad por omisiones legislativas (art. 5, num. 13); contempló los supuestos en los que procede la revisión de sentencias definitivamente firmes dictadas por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia (art. 5, num. 4); estableció un mecanismo de articulación entre la facultad de las Salas de este Tribunal de ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y el control concentrado que ostenta la Sala Constitucional (art. 5, num. 22 y último párrafo); intentó ampliar el ámbito constitucionalmente definido como propio de la jurisdicción constitucional (art. 5, num. 9); sometió a los Decretos Leyes dictados con base en ley habilitante al control previo de constitucionalidad contenido en el artículo 203 de la Constitución (art. 5, num. 17), siguiendo una polémica jurisprudencia de la Sala Constitucional; confirió a la Sala Constitucional la competencia para conocer de las controversias originadas en la interpretación o ejecución de los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República (art. 5, num. 23); extendió la figura del avocamiento, particularmente cuando lo ejerce la Sala Constitucional (art. 5, num. 4), y transfirió a esta Sala la resolución de los conflictos entre las Salas (art. 5, num. 3). También

reguló el procedimiento general que ha de regir los procesos incoados ante el Máximo Tribunal (arts. 18 al 20), pero dejó a salvo las interpretaciones vinculantes sentadas por la Sala Constitucional en relación con los procedimientos aplicables en la jurisdicción constitucional, contencioso administrativa y contencioso electoral (Disposición Derogatoria, Transitoria y Final, literal b).

No es el momento de analizar cada una de estos preceptos de la LOTSJ, ni aquellos aspectos de la jurisdicción constitucional sobre los cuales dicha ley guardó silencio, como el recurso o solicitud de interpretación de la Constitución; lo que importa es subrayar que las pretensiones del legislador en la materia de la justicia constitucional han dado lugar a una regulación asistemática, carente de la visión de conjunto que ha de dominar el tratamiento de la garantía judicial específica de la Constitución. Sin perjuicio de algunos elementos positivos de dicha normativa, una valoración global de la misma arroja resultados francamente desfavorables. En algunos aspectos, como la regulación de las competencias para el conocimiento del amparo y de la llamada acción de reclamo, las reglas son sumamente confusas cuando no ininteligibles. En otros asuntos las nuevas disposiciones son, además de poco claras, muy objetables en cuanto a su sustancia, como sucede con la regulación de la facultad de revisión y del avocamiento, por cuanto profundizan la tendencia al desbordamiento competencial de la Sala Constitucional antes criticada. En la misma dirección apunta el otorgamiento a la Sala Constitucional de la atribución de resolver los conflictos “de cualquier naturaleza” que puedan suscitarse entre las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, la cual ha debido mantenerse en la Sala Plena, en virtud de su composición, tal como lo establecía la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

2. Adulteraciones del texto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

Los mecanismos últimamente mencionados, la facultad de revisión de sentencias, el avocamiento y la resolución de conflictos entre Salas, ostentan una especial trascendencia desde la perspectiva de los rasgos generales de nuestra jurisdicción constitucional. La regulación que finalmente recibieron en la LOTSJ es, sin embargo, fruto de maniobras parlamentarias contrarias a la Constitución.

Según la versión del proyecto de LOTSJ aprobado en segunda discusión por la Asamblea Nacional, el artículo 5, en sus numerales 3 y 4, disponía:

3. Resolver, en Sala Plena, los conflictos de cualquier naturaleza que puedan suscitarse entre las Salas que lo integran o entre los funcionarios del propio tribunal con motivo de sus funciones.

4. Revisar excepcionalmente, en Sala Plena, de oficio o a instancia de parte interesada la sentencia dictada por una de sus Salas cuando se denuncia fundamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República, tratados, pactos, convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación.

Así consta en el Diario de Debates de la Asamblea Nacional, en la sesión del 20 de noviembre del 2003. A mayor abundamiento, el mismo artículo 5 aprobado establecía:

El Tribunal conocerá en Sala Plena los asuntos a que se refiere este artículo en sus numerales 1 al 4. En Sala Constitucional los asuntos previstos en los numerales 5 al 23. En Sala Político Administrativa los asuntos previstos en los numerales 24 al 38. En Sala de Casación Penal los asuntos

previstos en los numerales 39 al 41. En Sala de Casación Civil los asuntos previstos en los numerales 42 al 43. En Sala de Casación Social los asuntos previstos en los numerales 44 y 45. En Sala Electoral los asuntos previstos en los numerales 46 al 49. En los casos previstos en los numerales 50 al 55, su conocimiento corresponderá a la Sala afín con la materia debatida, de conformidad con la Constitución de la República.

Nada se decía en el artículo 5 sobre la facultad especial de avocamiento actualmente prevista en el numeral 4 del artículo 5.

Pero en el informe elaborado para la lectura definitiva, ante la plenaria de la Asamblea Nacional, del proyecto de LOTSJ, la Comisión correspondiente introdujo cambios en el texto aprobado no considerados durante la segunda discusión, a pesar de que el referido informe se titulaba *Informe presentado por la Comisión Permanente de Política Interior, Justicia, Derechos Humanos y Garantías Constitucionales, contentivo de las modificaciones realizadas en segunda discusión al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. (Lectura Definitiva)*. Ciertamente, de acuerdo con los artículos 207 y 209 de la Constitución, este informe debía recoger las modificaciones efectuadas durante la segunda discusión del proyecto², y no otras como lamentablemente ocurrió. Dentro de las alteraciones realizadas extemporáneamente se encuentran las relativas a los numerales antes reproducidos, como lo denunciaron varios Diputados³.

2 El artículo 207 de la Constitución exige dos discusiones para que un proyecto de ley pueda convertirse en ley. Por su parte, el artículo 209 regula la segunda discusión de los proyectos de ley y establece que, si el proyecto es aprobado sin modificaciones, se declara sancionada la ley. Pero si sufre cambios se devuelve a la Comisión respectiva para que los incluya en el proyecto, el cual es sometido a una lectura final en la cual las discrepancias son resueltas por mayoría de votos. Estas discrepancias han de consistir en diferencias sobre el tenor o alcance de las modificaciones aprobadas, no en objeciones al articulado no tratadas en la segunda discusión.

3 Las intervenciones de Gerardo BLYDE y Juan José CALDERA son representativas de la opinión de una parte del parlamento: “Diputado BLYDE (Gerardo): ...Este Informe contiene, al menos que yo he detectado, treinta y cuatro modificaciones a lo que ustedes aprobaron aquí en segunda discusión. ¡Treinta y cuatro, que yo he detectado! Voy a nombrar algunas, porque el tiempo no me va a dar para nombrarlas todas. Voy a nombrar las que más resaltan y las que parecen que tienen nombre y apellido, causas, dentro de estas modificaciones que se realizaron.

Por ejemplo, el artículo 5° es uno de los más modificados por la Comisión. El artículo 5° es el que establece las competencias de cada una de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia. En el numeral 3 se le daba a la Sala Plena, y ustedes lo aprobaron aquí con los votos de ustedes, la posibilidad de resolver los conflictos de cualquier naturaleza que se susciten entre las salas. Es decir, los conflictos de competencia o cualquier otro tipo de conflictos.

¿Qué ha sucedido con este Informe? Se le eliminó esa posibilidad a la Sala Plena y adivinen a cuál se la atribuyó la Comisión en esta lectura que ahora dicen que no tiene modificaciones: A la Sala Constitucional. ¿No les suena eso como con nombres y apellidos por un caso que está ahorita sonando por conflicto de competencia entre la Sala Electoral y la Sala Constitucional? Es decir, ¿la Sala Constitucional se va a pagar y dar el vuelto? Porque casi todos los conflictos de competencia que hay en el Tribunal Supremo son con la Sala Constitucional: Los que ha tenido con la Sala Político-Administrativa, los que ha tenido con la Sala Electoral; los que ha tenido con la Sala Penal; los que ha tenido con la Sala de Casación Social y los que ha tenido con la Sala de Casación Civil. Y es la Sala Plena la que tenía atribuido, conforme ustedes aprobaron aquí en sesión, la competencia para resolver esos conflictos...”; *Diario de Debates* de la Asamblea Nacional; sesión del 18 de mayo del 2004.

“Diputado CALDERA, Juan José, ...Se trata del artículo 5°, que lo aprobado en segunda discusión, después de la numeración de las atribuciones dice. (Lee): “El Tribunal conocerá en Sala Plena, los asuntos a los que se refiere este artículo, en sus numerales 1 al 4”. Y sigue diciendo: “...en Sala Constitucional, los asuntos previstos en los numerales 5 al 23.” Esto fue lo que se aprobó en Cámara. Y el documento que se nos leyó hoy, dice: “El Tribunal conocerá en Sala Plena los asuntos a que se refiere este asunto en sus numerales 1 al 2; en Sala Constitucional, los asuntos previstos en los numerales 3 al 23”.

De manera que, los numerales 3 y 4, los transfiere a la Sala Constitucional, como señaló el diputado Gerardo BLYDE. Y cuando vamos a esos numerales, él hizo referencia muy concreta al numeral 3, que establece la posibilidad de solucionar los conflictos de competencia entre las Salas. Lo aprobado en Cámara, es que debía hacerlo la Sala Plena, y el documento que se nos trae hoy, lo transfiere a la Sala Constitucional.

En esa sesión, del 18 de mayo de 2004, los numerales 3 y 4 del artículo 5, y el párrafo del mismo artículo concerniente al reparto de competencias entre las Salas, fueron presentados con la redacción que hoy poseen, y así quedó sancionada la ley. De esta forma, las facultades de revisión de sentencias dictadas por alguna de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia y la de resolver conflictos entre las Salas, que correspondían a la Sala Plena, fueron trasladadas a la Sala Constitucional, y se incorporó en el numeral 4 una modalidad especial de avocamiento ejercido por esta misma Sala. La facultad de revisión que se pretendía reconocer a la Sala Plena era atípica y sobrepasaba el campo de la revisión propia constitucional, al incluir causales como la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en tratados internacionales suscritos y ratificados por la República -cuya jerarquía constitucional sólo está reconocida expresamente en materia de derechos humanos-, y el error inexcusable, el dolo, el cohecho o la prevaricación.

En la lectura definitiva del proyecto se incorporaron, pues, modificaciones que habrían debido considerarse en la segunda discusión, que se desarrolla artículo por artículo, lo que no sucede con esta lectura final. La forma subrepticia en que esos cambios se incluyeron explica que el resultado normativo obtenido, en asuntos como los que nos ocupan, haya sido aún más asistemático y confuso.

Sin embargo, dado que el texto vigente de la LOTSJ es el formalmente promulgado, y dado que sería ilusorio pensar en una intervención de la Sala Constitucional que conduzca a la declaratoria de la nulidad de las modificaciones ocurridas en la lectura final del proyecto⁴, nos basaremos en la redacción plasmada en la *Gaceta Oficial*.

IV. LA FACULTAD DE REVISIÓN DE SENTENCIAS DEFINITIVAMENTE FIRMES

1. Las nuevas pautas normativas

Ya adelantábamos que la inclinación de la Sala Constitucional al sobredimensionamiento de sus competencias, queda reflejada en la regulación de la facultad de revisión de sentencias por la LOTSJ. Especialmente en lo que atañe a la revisión de sentencias de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

Si prescindimos de la interpretación jurisprudencial que han recibido los respectivos preceptos de la LOTSJ, nos encontramos con normas que conducen a la siguiente fórmula: las sentencias definitivamente firmes dictadas por “los demás” tribunales de la Re-

Quisiera referirme al numeral 4, que no solamente modifica lo aprobado en segunda discusión, sino que además, añade un párrafo que no estaba en lo aprobado en segunda discusión que dice textualmente: “...Asimismo, podrá avocarse al conocimiento de una causa determinada, cuando se presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República, tratados, pactos o convenios internacionales, suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando, por razón de la materia y en virtud de la Ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala”.

Esto no está en lo aprobado en segunda discusión; por lo tanto, ciudadano Primer Vicepresidente, estoy haciendo un señalamiento concreto de una diferencia de fondo entre lo aprobado en segunda discusión y el documento que se nos ha traído. Quisiera saber, qué tratamiento le va a dar la Presidencia, si va a ignorar el planteamiento que se está haciendo, o va a ordenar el cotejo por Secretaría, para que, entonces pueda hacerse la corrección del caso”; *Diario de Debates* de la Asamblea Nacional; sesión del 18 de mayo del 2004.

⁴ La reticencia de la Sala Constitucional a intervenir en asuntos vinculados al procedimiento de formación de normas en la Asamblea Nacional resulta notoria en la sentencia N° 1718/2004.

pública serían susceptibles de revisión si se trata de decisiones de amparo o de control difuso de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas (art. 5, num. 16). Nada se dice sobre las causales para la revisión de estas sentencias, por lo que cabría entender, a falta de una regulación legal más detallada, que conservan vigencia los criterios sentados por la Sala Constitucional, en virtud de los cuales la revisión tiene carácter discrecional y procede fundamentalmente cuando esté en juego la garantía de la uniformidad en la interpretación de la Constitución.

El silencio legislativo respecto de la posibilidad, admitida por la jurisprudencia constitucional, de revisar sentencias distintas a las de amparo o control difuso de la constitucionalidad dictadas por los (demás) tribunales, permitiría concluir que ésta ha sido descartada, pero lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 5 de la LOTSJ, que autoriza la revisión más allá de ese ámbito, hace frágil tal conclusión. Sería un contrasentido, por ejemplo, que una sentencia de alguna de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia que haya incurrido en la vulneración de un principio fundamental de la Constitución quede sometida a la facultad de revisión de la Sala Constitucional (*ex art. 5, num. 4*), y no en cambio una sentencia definitivamente firme afectada de igual vicio pero emanada de un tribunal inferior. Ante esta contradicción -ocasionada por la írrita alteración del texto aprobado en segunda discusión, que no incluía al numeral 4 del artículo 5 entre las atribuciones de la Sala Constitucional-, sería aceptable pensar en la aplicación analógica de los supuestos contemplados en el numeral 4 del artículo 5 de la LOTSJ.

En cuanto a la revisión por la Sala Constitucional de sentencias de otras Salas, el numeral 4 del artículo 5 de la LOTSJ introduce una regulación nueva, al intentar precisar los supuestos en que tal facultad puede ejercerse. Según la norma citada es competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional:

4. Revisar las sentencias dictadas por una de las Salas, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación; asimismo podrá avocarse al conocimiento de una causa determinada, cuando se presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala.

De esta disposición cabe extraer varias consecuencias. La principal es que la revisión de sentencias -definitivamente firmes⁵- emanadas de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia está supeditada a un régimen distinto al de la revisión de sentencias de otros tribunales; la revisión que se produce dentro del Tribunal Supremo de Justicia ha de subsumirse en alguno de los casos contemplados en el artículo 5.4 de la LOTSJ para ser aceptada. Al mismo tiempo, de cumplirse alguna de las causales establecidas la revisión tendría que ser admitida y declarada, sin existir discrecionalidad o libertad alguna para la Sala Constitucional.

Adicionalmente, pudiera inferirse que esta forma de revisión no comprendería las sentencias de amparo o de control (difuso) de la constitucionalidad, que únicamente son mencionadas por la LOTSJ -en conformidad con el numeral 10 del artículo 336 de la

5 Aunque la disposición legal no aluda a esa cualidad de la sentencia, ella se colige del artículo 336 numeral 10 de la Constitución, tal como quedó redactado en la versión de la Constitución del 24 de marzo de 2000 y conforme a la interpretación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Constitución- cuando prevé la revisión de decisiones de “los demás” tribunales; lo cual estaría abonado por lo dispuesto en los dos últimos párrafos del artículo 5 de la LOTSJ, que al referirse al control difuso de la constitucionalidad distingue entre las posibilidades de intervención de la Sala Constitucional respecto de sentencias de los tribunales de instancia y respecto de las de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia: las primeras quedan sujetas a la facultad de revisión, mientras que las segundas dan lugar a la remisión de un informe que desencadena el control concentrado y abstracto de la constitucionalidad de la ley. Esto no implica que las sentencias definitivamente firmes de amparo o de control difuso dictadas por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia no sean, de acuerdo con el esquema legislativo, susceptibles de revisión; podrían serlo, siempre que se correspondan con alguna de las causales previstas en el numeral 4 del artículo 5 de la LOTSJ.

Por otra parte, la redacción del artículo 5.4 de la LOTSJ conduce a pensar que la revisión debería originarse en una denuncia o solicitud, lo que excluiría una actuación de oficio de la Sala Constitucional, principio que pudiera extenderse a la revisión prevista en el numeral 16 del artículo 5, que no aporta elemento alguno en sentido contrario.

La formulación legal antes esbozada obligaría a que la facultad de revisión fuera objeto de una redefinición a partir del nuevo marco normativo, el cual, pese a sus deficiencias, no puede ser simplemente obviado o ignorado por la Sala Constitucional. Lo que se trae a discusión no es la bondad mayor o menor de las pautas normativas fijadas en la LOTSJ, en las que luego ahondaremos, sino la necesidad de que la Sala Constitucional, que ha venido actuando pretorianamente, se someta a los preceptos legales en lo relativo a la determinación de sus competencias, sin perjuicio del eventual ejercicio de sus potestades de control de la constitucionalidad de las leyes.

2. La respuesta de la Sala Constitucional ante la regulación legal

Antes de la aprobación de la LOTSJ, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia había sostenido en varias decisiones que los criterios fijados en materia de revisión de sentencias eran, al menos en parte, provisionales, por cuanto correspondería al legislador, con arreglo al numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, su regulación.

Así lo apuntó la Sala Constitucional en el caso *Corpoturismo*⁶, en el cual asomó la posibilidad de la modificación de los criterios que se disponía a precisar:

Debe sin embargo esta Sala en esta oportunidad definir con mayor especificidad el criterio antes planteado, para lograr así formar la base que sustente la revisión extraordinaria de sentencias definitivamente firmes por parte de esta Sala, criterio que de cualquier forma debe irse perfeccionando cada vez más mediante la jurisprudencia interpretativa de esta Sala y de conformidad con lo que establezca la ley orgánica que se dicte al respecto.

Ello fue admitido con mayor claridad en la sentencia dictada en el caso *DHL Fletes aéreos C.A.*⁷, y en muchas que la secundaron, en estos términos:

[...]la facultad de revisión persigue garantizar el cumplimiento, vigencia y respeto de los postulados constitucionales, así como la integridad de la interpretación, en tanto se trata de una Sala con facultades expresas para tal función, concebida como un órgano especializado para ello. Sin em-

6 Sentencia N° 93, 2001.

7 Sentencia N° 2673, 2001.

bargo, aún cuando la Sala posee los más amplios poderes de revisión sobre aquellas decisiones en las que el ordenamiento constitucional permite su intervención, no se trata de una potestad genérica e irrestringida, en el sentido que pueda revisar cualquier decisión, antes bien, debe tratarse de específicas decisiones que, en todo caso, serán precisadas en la legislación que se dicte.

La lectura global de la jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia de revisión de sentencias anterior a la LOTSJ, conduce a afirmar que en sus pronunciamientos se entremezclaban aseveraciones que eran argumentadas como interpretaciones necesarias y por lo tanto definitivas de la Constitución, y criterios que servían más bien de puente hasta la promulgación de la legislación respectiva. Pero no es fácil distinguir entre las primeras y los segundos. Este es justamente uno de los problemas de la llamada jurisdicción normativa y, en general, de la manera en que la Sala Constitucional en ocasiones ha actuado ante omisiones del legislador: con el pretexto de colmar la omisión o carencia normativa relacionada con la aplicación de disposiciones constitucionales inmediatamente operativas, se introduce una red interpretativa provisional que luego se petrifica, al menos parcialmente, coartando la libertad de configuración normativa del legislador.

En el párrafo antes reproducido la Sala Constitucional dejó expresamente un amplio margen para la determinación legislativa de los supuestos en que procede la revisión de sentencias definitivamente firmes. Sin embargo, también aquí la actuación judicial destinada a llenar temporalmente el vacío normativo ha terminado siendo un medio para negar o soslayar la intervención futura del legislador. Cuando la Sala Constitucional, tras la entrada en vigor de la LOTSJ, se encontró con un marco legislativo que no encajaba completamente con su jurisprudencia sobre la facultad de revisión de sentencias, optó por constitucionalizar lo que antes había calificado, al menos parcialmente, como provisional.

Así, la Sala Constitucional ha sostenido que, pese a las diferencias entre los supuestos de revisión de sentencias fijados por ella en el caso *Corpoturismo* y los contemplados en los numerales 4 y 16 del artículo 5 de la LOTSJ, los primeros siguen vigentes, para lo cual se ha basado en tres argumentos fundamentales, que son utilizados por separado y sin armonía por la jurisprudencia: por un lado, ha afirmado reiteradamente que los criterios vinculantes sentados en el caso citado se desprenden del numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, por lo que el legislador no puede reducir el alcance de la facultad de revisión tal como había sido definido por la Sala Constitucional; por otro lado, ha declarado de manera apodíctica que las cuatro causales para la revisión de sentencias establecidas jurisprudencialmente se corresponden con el concepto de principios jurídicos fundamentales contenido en el numeral 4 del artículo 5; por último, ha acudido al literal b) de la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final de la LOTSJ.

El primer argumento lo ha vertido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en relación con la revisión de sentencias de otros tribunales y de sentencias de otras Salas del mismo Tribunal. Al respecto, ha aseverado:

[...]observa la Sala que la competencia para conocer en revisión de una sentencia dictada por otro tribunal de la República, quedaría en principio delimitada con fundamento en el numeral 16 del artículo 5 de la Ley que rige las funciones de este Alto Tribunal, a los siguientes supuestos: - las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional, y - las sentencias de control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás tribunales de la República.

Sin embargo, la disposición constitucional estudiada (artículo 336.10) sigue teniendo supremacía sobre la tantas veces comentada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que los cuatro (4) supuestos que posee la Sala de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, como potestad para revisar sentencias en desarrollo del numeral 10 del artículo 336 de la Constitución y que se encuentran regulados en la sentencia del 6 de febrero de 2001 (Caso *Corporación de Turismo de Venezuela*), siguen vigentes y en dichos casos procederá la revisión de oficio o a instancia de parte. Así se decide⁸.

En lo que respecta específicamente a la revisión de sentencias emanadas de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional también ha invocado el numeral 10 del artículo 336 como fundamento de sus poderes revisores, entendidos con la amplitud señalada en el caso *Corpoturismo*. En tal sentido ha señalado:

Esta Sala se ha pronunciado acerca de la facultad que detenta para revisar las actuaciones de las demás Salas de este Supremo Tribunal que contraríen las normas y principios contenidos en la Constitución, así como aquellas que se opongan a las interpretaciones que sobre tales, haya realizado esta Sala Constitucional, en ejercicio de las atribuciones conferidas de forma directa por el Texto Constitucional, según se desprende del dispositivo contenido en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no obstante la ausencia de desarrollo legislativo al respecto (*vid.* sentencias números 1312/2000, 33/2001 y 192/2001, entre otras).

Esa facultad de esta Sala, igualmente ha sido desarrollada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en la que dispuso, en su numeral 4 del artículo 5, la posibilidad de revisar las sentencias dictadas por unas de las Salas de este Máximo Tribunal, cuando se denuncie fundamentadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República o que se haya dictado como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación⁹.

Incluso, se ha basado en el numeral 10 del artículo 336 para fundamentar la revisión de una sentencia dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en una materia extraña al amparo constitucional o al control de constitucionalidad de las leyes¹⁰.

Al proceder de esta forma la Sala Constitucional no sólo intenta petrificar algunas causales de revisión que la Constitución obviamente no contempla, sino que además contradice la doctrina por ella sentada en el caso *Corpoturismo* -al cual constantemente recurre como precedente-, pues en esa ocasión dejó muy claro que la facultad de revisión de sentencias distintas a las de amparo o control de constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas no encontraba respaldo en el numeral 10 del artículo 336:

En lo que respecta a la norma contenida en el numeral 10 del artículo 336, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es expresa en cuanto al límite de la potestad de revisión de esta Sala a sólo dos tipos de sentencias definitivamente firmes: las sentencias de amparo constitucional; y las sentencias de control de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas. En este sentido, a pesar de la posible violación de derechos fundamentales que se verifiquen en sentencias diferentes a las taxativamente indicadas en el numeral 10 del artículo 336 de la Carta Magna, esta Sala se encuentra constreñida expresamente por la Constitución en lo que respecta específicamente a esta norma, así como por la garantía de la cosa juzgada de conformidad con lo establecido en numeral 7 del artículo 49 del Texto Constitucional.

8 Sentencia N° 1992, 2004.

9 Sentencia N° 1667, 2005.

10 Sentencia N° 233, 2005.

Habiéndose establecido lo anterior, es incuestionable la potestad discrecional y extraordinaria de esta Sala para revisar aquéllas sentencias específicamente establecidas en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es decir, las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de la constitucionalidad de normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, y ASÍ SE DECLARA¹¹.

Por consiguiente, yerra la Sala Constitucional al sostener que el numeral 10 del artículo 336 brinda fundamento a los cuatro supuestos de revisión de sentencias definitivamente firmes jurisprudencialmente reconocidos: dos de ellos, relativos a la inobservancia de la doctrina vinculante de la Sala Constitucional y al error grave o grotesco de interpretación constitucional, quedan al margen del ámbito del precepto citado; su base normativa, según la sentencia del caso *Corpoturismo*, se hallaría en el artículo 335 de la Constitución, en concordancia con su artículo 7. En trabajos previos hemos evidenciado la fragilidad argumental de la Sala Constitucional al crear estos poderes de revisión extraños al numeral 10 del artículo 336, pero lo que interesa destacar es que ahora la Sala Constitucional, con algunas excepciones¹², invoca este precepto con el propósito de fundar unas facultades de revisión que palmariamente, y conforme a la doctrina vinculante de la propia Sala, lo sobrepasan. La precisión es importante, pues son justamente las dos causales de revisión jurisprudencialmente perfiladas, extrañas al numeral 10 del artículo 336, las que carecen de un respaldo constitucional explícito o directo, si es que lo poseen, dejando un mayor espacio para la intervención legislativa.

En lo que atañe al segundo argumento de la Sala Constitucional para sustentar la pervivencia de los criterios jurisprudenciales en materia de revisión de sentencias, éste luce más como una imposición que como un esfuerzo por convencer racionalmente. Sin mayor motivación, la Sala Constitucional se ha limitado a declarar que las cuatro causales enunciadas en el caso *Corpoturismo*:

[...]recogen para la actualidad los principios jurídicos fundamentales a los que se refiere el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, entre los que se incluyen la transgresión de normas del Texto Fundamental¹³.

El planteamiento de la Sala Constitucional es confuso y sumamente endeble, porque los supuestos de revisión de sentencias definitivamente firmes establecidos por la jurisprudencia no son equiparables a los principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución o en los Tratados a los que se refiere el artículo 5.4 de la LOTSJ; aquéllos son criterios relevantes para delimitar el ámbito de la facultad de revisión de sentencias de la Sala Constitucional, mientras que éstos son valores sustantivos cuya vulneración justificaría, de acuerdo con el nuevo marco legislativo, la revisión de sentencias dictadas por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

En lo que concierne a la invocación del literal b) de la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final de la LOTSJ para respaldar la subsistencia de las causales de revisión de sentencias jurisprudencialmente establecidas¹⁴, el argumento resulta más que discutible, por cuanto dicha disposición se refiere a la aplicación de interpretaciones vinculantes relacionadas con aspectos procedimentales, y no puede apelarse a ella cuando la propia LOTSJ ha regulado completamente un asunto, como sucede con los presupuestos de la facultad de revisión de sentencias, al menos cuando ésta se ejerce respecto de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia. En todo caso, al razonar de esta forma la Sala

11 Sentencia N° 93, 2001.

12 Como la sentencia N° 255, 2005.

13 Sentencia N° 2216, 2004.

14 Sentencia N° 3, 2005.

Constitucional entra en contradicción con sus argumentos previos, pues si las causales de revisión que ha fijado en sus sentencias se derivan del numeral 10 del artículo 336, no podrían tener un carácter simplemente provisional o transitorio, como tampoco podrían tenerlo si se coligen de la alusión a los principios jurídicos fundamentales contenida en el propio numeral 4 del artículo 5 de la LOTSJ.

La posición de la Sala Constitucional favorable a la vigencia de los criterios jurisprudenciales sobre la facultad de revisión de sentencias no ha implicado la absoluta negación de la posibilidad de la intervención legislativa, pero ha reducido significativamente su fuerza normativa. Como veremos, la jurisprudencia constitucional en la materia, posterior a la LOTSJ, no ha cuestionado la licitud de los motivos de revisión contemplados en su artículo 5.4; los considera válidos pero sólo a título de causales adicionales a las ya fijadas jurisprudencialmente. Aunque nada en la ley autoriza tal interpretación, los supuestos de revisión del numeral 4 del artículo 5 de la LOTSJ se suman a los previamente admitidos por la Sala Constitucional, con lo cual se amplía sobremanera el ámbito de esta facultad en teoría excepcionalísima.

Esto quedó meridianamente establecido en la sentencia de la Sala Constitucional N° 325/2005, en la cual se afirma que:

Es en desarrollo de la institución de la revisión constitucional efectuada por esta Sala (*Vid.* Entre otras, Sentencias N° 93/2001, 442/2004, 520/2000), que nuestro legislador amplió mediante la promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.942 del 20 de mayo de 2004, el ámbito de la revisión constitucional establecida en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Imbuido o influenciado éste -legislador-, en virtud del ejercicio de la interrelación que debe confluir entre los diversos órganos del Poder Público, en el evolucionar jurisprudencial de la institución de la revisión efectuado por esta Sala, actuando en sus funciones de intérprete y garante de la Constitución (*ex* artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Es indudable que la inclinación jurisprudencial a la ingente expansión de la facultad de revisión de sentencias se ve reflejada en el numeral 4 del artículo 5 de la LOTSJ; lo que resulta muy discutible es que el legislador haya contemplado la coexistencia de los supuestos introducidos por la Sala Constitucional con los previstos en dicha ley.

Y, como si no fuera suficiente con tal ensanchamiento competencial, la Sala Constitucional añade una nueva causal de revisión:

En consonancia con lo antes expuesto, esta Sala advierte que en su función de intérprete suprema de la Constitución, concebida y dirigida a controlar la recta aplicación de los derechos y principios constitucionales y en aras de lograr la uniformidad de la jurisprudencia constitucional, debe ampliar el objeto de control mediante el supuesto de hecho de la revisión constitucional establecida en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a la violación de derechos constitucionales y no sólo a la vulneración de principios jurídicos fundamentales.

Ello, en virtud de que admitir la simple violación de principios jurídicos y dejar incólume con carácter de cosa juzgada una sentencia que vulnere derechos constitucionales, contrariando incluso las interpretaciones de esta Sala, constituiría un absurdo jurídico y un vuelco regresivo en la evolución jurisprudencial de esta Sala, debido a que las mismas carecen de recurso judicial alguno que pueda enervar sus efectos, ya que la acción de amparo constitucional, como acción destinada a la tutela de derechos y garantías constitucionales, es de imposible interposición contra una sentencia emanada de cualquier otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia (*ex* artículo 6.6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)¹⁵.

15 Sentencia N° 325, 2005.

Este pronunciamiento revela la laxitud con la que se ha venido manejando la facultad de revisión de sentencias, y la tendencia incluso inercial a llevarla cada vez más lejos. Ello a pesar de que los criterios ya aceptados como vinculantes bastaban para comprender violaciones de derechos constitucionales revestidas de una cierta entidad o naturaleza, sin acudir a un “nuevo” motivo de revisión: por la vía argumental de reconocer la existencia de un error grave de interpretación constitucional, o de considerar que ciertas violaciones a derechos constitucionales entrañan una negación del principio fundamental de la preeminencia de los derechos humanos (art. 2 de la Constitución), era posible abarcar esos supuestos.

En síntesis, asistimos a una alarmante expansión de la facultad de revisión de sentencias, que afecta la seguridad jurídica y ocasiona enormes distorsiones en el ordenamiento procesal.

3. Una posible interpretación del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

Ya demostramos que el numeral 4 del artículo 5 de la LOTSJ, y otros numerales del mismo precepto, fueron aprobados al margen del procedimiento constitucional para la elaboración de las leyes. Las deficiencias de su formulación original fueron acompañadas del traslado de la competencia correspondiente a la Sala Constitucional, lo cual creó grandes inconsistencias. Ello, aunado a las carencias generales de la LOTSJ desde el punto de vista de su proceso de formación, contenido y técnica legislativa, disuade del análisis de sus disposiciones. Pero al tratarse de una ley vigente, que rige parcialmente la actuación del Tribunal Supremo de Justicia, conviene detenerse en su interpretación.

En lo que atañe al artículo 5.4 y a las causales de revisión que prevé, el primer concepto que requiere de precisión es el de “principio jurídico fundamental” contenido en la Constitución. Hemos sostenido que, dado el carácter excepcional de la facultad de revisión de sentencias, también debe serlo la interpretación de sus supuestos. Por ello, la noción de principio fundamental a la que alude el numeral 4 del artículo 5 no puede equipararse a la de principio jurídico o principio general del Derecho, cuyos confines son difícilmente abarcables. Ha de partirse más bien de la idea de que esos principios deben tener índole fundamental y, más concretamente, han de estar incluidos dentro de aquellos que la propia Constitución define como tales en su Título I.

Desde esta óptica, no cualquier quebrantamiento de normas o principios constitucionales daría lugar a la revisión de una sentencia, sino sólo aquel que vulnere los pilares de la estructura constitucional, plasmados en ese Título I: el carácter independiente de la República; su condición de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia; la preeminencia de los derechos humanos; el respeto a la dignidad humana; la forma federal del Estado; la soberanía popular o la naturaleza participativa del gobierno, entre otros. Esta delimitación de la expresión “principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución...” no excluye un uso desmesurado de la potestad de revisión de sentencias, pero puede contribuir a reducir la generalidad del precepto legal.

En relación con los principios fundamentales contenidos en tratados internacionales suscritos y ratificados válidamente por Venezuela, la línea interpretativa debería ser semejante, de manera que no cualquier violación a disposiciones del tratado autorizaría la revisión de la sentencia respectiva, sino sólo las que comporten un desconocimiento de los principios básicos sobre los que descansa el tratado. Así ocurriría, por ejemplo, si un pronunciamiento judicial exigiere, como requisito de eficacia, la incorporación al Derecho venezolano mediante ley de decisiones de las instancias competentes de la Comunidad Andina de Naciones.

Otros motivos para la revisión de sentencias establecidos en el artículo 5.4 son el error inexcusable, el dolo, el cohecho o la prevaricación. El concepto de error inexcusable es conocido en la legislación venezolana, pues representa, cuando es de carácter grave, una de las faltas disciplinarias en las que puede incurrir un juez al dictar sentencia, la cual puede acarrear su destitución, según el artículo 40, ordinal 4º, de la Ley de Carrera Judicial. La introducción de la categoría del error inexcusable como causal para la anulación de sentencias podía tener una explicación, no necesariamente una justificación, cuando esa competencia estaba en manos de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a la versión del proyecto de LOTSJ aprobado en segunda discusión, ya que el error inexcusable en principio no es un concepto perteneciente al Derecho Constitucional, sino una noción que se extiende a las diversas ramas del Derecho y a los distintos órdenes jurisdiccionales. No obstante, dado que en la versión de la LOTSJ finalmente sancionada tal facultad corresponde a la Sala Constitucional, es preciso indagar el sentido que cabe atribuir a ese concepto.

Pretender que cualquier error judicial inexcusable, independientemente del ámbito jurídico en que se produzca, ofrece fundamento para la revisión de sentencias definitivamente firmes conduciría al definitivo estallido de este instrumento procesal y de la jurisdicción constitucional, por cuanto toda sentencia, sin importar su relevancia constitucional, sería susceptible de revisión, si ha sido dictada con base en un error inexcusable. En tal hipótesis la Sala Constitucional sería órgano de revisión en materia penal, mercantil, civil, laboral, o en cualquier otra.

De allí que la única solución interpretativa razonable es entender que el error inexcusable ha de referirse a reglas o principios constitucionales, ya que ningún otro puede ser el ámbito de la facultad de revisión prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución o de aquella que pretenda fundarse en la parte final de su artículo 335, que alude a la interpretación de normas o principios constitucionales. La propia misión de la Sala Constitucional dentro del sistema judicial determina que ella ha de limitarse al campo de lo específicamente constitucional, como lo enseña el desarrollo de la jurisdicción constitucional en Europa. Ello permite asimilar tal categoría a la del error grave o grotesco de interpretación constitucional desarrollado por la jurisprudencia.

Este es, por cierto, un camino para el mantenimiento de uno de los criterios sentados en el caso *Corpoturismo* que se aviene con el respeto a la libertad de configuración legislativa y con los principios de la interpretación constitucional: una cosa es que una causal de revisión legalmente establecida -la cual por su naturaleza sería reversible- se corresponda con una de las desarrolladas provisionalmente por la jurisprudencia, y otra es que se diga que viene impuesta de manera definitiva por la Constitución.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado sobre el significado que ha de darse al concepto de error inexcusable en el marco de la facultad de revisión de sentencias, en estos términos:

Aunado a lo anterior, y en relación al segundo requisito establecido en la norma *in commento* (ex artículo 5.4 *eiusdem*), debe esta Sala destacar que la exigencia de un error inexcusable no debe devenir de un simple error de juzgamiento de los jueces de instancia sino de un error grotesco en el juez que implique un craso desconocimiento en los criterios de interpretación o en la ignorancia en la aplicación de una interpretación judicial, el cual no se corresponda con su formación académica y el ejercicio de la función jurisdiccional en la materia objeto de su competencia.

Así pues, se observa que el error judicial inexcusable es aquel que no puede justificarse por criterios jurídicos razonables, lo cual le confiere el carácter de falta grave que amerita incluso la máxima sanción disciplinaria, por lo que se requiere en cada asunto particular ponderar la actitud

de un juez normal y de acuerdo a ello y a las características propias de la cultura jurídica del país, establecer el carácter inexcusable de la actuación del funcionario judicial (*Vgr.* La condena a pena de muerte de un imputado, cuando ésta se encuentra expresamente prohibida en el artículo 43 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Ello así, el mismo se configura como un concepto relativamente genérico y abstracto en cualquier ordenamiento jurídico, por lo que el mismo debe responder a unos factores que en principio parecen taxativos, los cuales son: i) una errónea apreciación de los hechos, lo cual conlleva indefectiblemente en un gran número de oportunidades a una consecuencia jurídica errada; ii) el erróneo encuadramiento de las circunstancias fácticas en el ordenamiento jurídico y iii) la utilización errónea de normas legales.

En este sentido, se observa que el error judicial para ser calificado como inexcusable debe ser grosero, patente e indudable, que no quepa duda alguna de lo desacertado de la decisión emitida, y que manifieste una contradicción abierta, palmaria e inequívoca entre la realidad acreditada en el proceso y las conclusiones que el juzgador obtiene respecto a dicha realidad.

Conforme a lo expuesto, observa esta Sala que constituyendo el error inexcusable una causal de revisión del fallo, y visto el carácter excepcional, extraordinario y discrecional de la Sala Constitucional para la revisión de sentencias, debe advertir que la errónea interpretación de una norma constitucional o legal no conlleva *prima facie* a la revisión de la decisión, sino sólo cuando la misma -interpretación- acarrea la consecuente violación de normas constitucionales, razón por la cual cuando la Sala determine que la decisión que haya de revisarse en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, ni a una deliberada violación de los mencionados preceptos, podrá desestimar la misma sin motivación alguna (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 44/2-3-00, caso “*Francia Josefina Rondón Astor*”)¹⁶.

Esta sentencia admite, pues, la incorporación del error inexcusable como una nueva causal para la revisión de sentencias, pero reduce un poco su extensión al exigir que dicho error implique la violación de normas constitucionales. No obstante, esta matización de la Sala Constitucional no es del todo clara ni satisfactoria, pues la lectura global del criterio expuesto indica que esta violación constitucional puede producirse por errores de derecho extraños al Derecho Constitucional pero que repercutan en normas constitucionales, lo cual ensancha notablemente el ámbito de la revisión. Más aún si consideramos que la sentencia también alude al error inexcusable derivado de una equivocada “apreciación de los hechos”, lo que acrecienta el riesgo de que la revisión se perfile como una tercera instancia de manejo discrecional o selectivo.

Finalmente, las categorías del dolo, cohecho o prevaricación como motivos para la revisión de sentencias suscitan gran perplejidad, porque no pertenecen al Derecho Constitucional y no pueden ser reconducidas al mismo por vía interpretativa. Por supuesto, el pronunciamiento de una sentencia con fundamento en el dolo, el cohecho o la prevaricación tiene indirectamente aristas constitucionales, al incidir en la recta administración de la justicia y en el derecho al debido proceso, pero esta forma de razonar conduciría al absurdo y a la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico. Además, algunas leyes procesales contemplan situaciones similares a las mencionadas dentro de los presupuestos de recursos especiales que permiten la revisión o invalidación de sentencias, y exigen la existencia de una sentencia firme que demuestre la comisión de tales conductas, las cuales revisten carácter penal¹⁷. Cabe preguntarse por consiguiente si habría una prejudicialidad penal en esta materia.

16 Sentencia N° 325, 2005.

17 Artículo 470 del Código Orgánico Procesal Penal.

V. PERSPECTIVAS

El horizonte de la justicia constitucional después de la LOTSJ y de la correspondiente interpretación jurisprudencial no es muy alentador. Esperemos, no obstante, que la praxis judicial en materia de revisión de sentencias atenúe los equívocos observados en las declaraciones generales de algunos pronunciamientos y que la futura ley orgánica de la jurisdicción constitucional sí encuentre espacio para corregir los excesos en que ha incurrido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO

ALLAN BREWER-CARÍAS	15
---------------------------	----

TESTIMONIOS

MARY RAMOS FERNÁNDEZ	19
----------------------------	----

PRIMERA PARTE

EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

§1. LA INTERVENCIÓN DEL PUEBLO EN LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

Allan R. Brewer-Carías

I.	RIGIDEZ Y REVISIÓN CONSTITUCIONAL	41
II.	LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL EJERCIDA EXCLUSIVAMENTE POR EL PUEBLO: EL CASO DE URUGUAY	44
	1. <i>Iniciativa mediante proyectos de reforma constitucional</i>	45
	2. <i>Iniciativa mediante leyes constitucionales</i>	45
III.	LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL EJERCIDA POR EL PUEBLO (EN FORMA NO EXCLUSIVA) COMO ALTERNATIVA ENTRE OTROS PROCEDIMIENTOS	46
	1. <i>El referendo constitucional y su excepción en el Perú</i>	47
	2. <i>El referendo aprobatorio de reformas constitucionales en Colombia</i>	47
	3. <i>El referendo aprobatorio de las enmiendas y reformas constitucionales en Venezuela</i>	48
	4. <i>El referendo aprobatorio de las enmiendas constitucionales en Paraguay</i>	49
	5. <i>El referendo aprobatorio de reformas constitucionales sobre cuestiones fundamentales en Cuba</i>	50
	6. <i>La aprobación popular de reformas constitucionales en determinadas cuestiones constitucionales en Guatemala</i>	50
	7. <i>El plebiscito aprobatorio de reformas constitucionales en caso de desacuerdo entre los poderes del Estado en Chile</i>	51
	8. <i>La consulta popular de aprobación de reformas constitucionales en caso de urgencia o de abstención del Congreso en Ecuador</i>	51
	9. <i>La aprobación popular de reformas constitucionales en caso de desacuerdo entre dos legislaturas en Panamá</i>	52
	10. <i>La aprobación por referendo en las reformas parciales por acuerdo de la Asamblea Legislativa en Costa Rica</i>	52

§2. LAS CONSTITUCIONES VENEZOLANAS DESDE 1947

Alfredo Arismendi A.

53

§3. CONSTITUCIÓN Y “BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD”

Claudia Nikken

I.	LAS NORMAS NO ESCRITAS QUE CONFORMAN EL “BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD”	73
	1. <i>La Constitución positiva</i>	73
	2. <i>Los principios constitucionales</i>	76
	3. <i>La jurisprudencia complementaria de la Constitución</i>	77
II.	LAS NORMAS ESCRITAS QUE CONFORMAN EL “BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD”	79
	1. <i>El régimen de transición</i>	80
	2. <i>Los tratados internacionales referidos a órganos multiestatales</i>	81
III.	EL CASO PARTICULAR DE LOS DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA	83

§4. GOBERNABILIDAD Y REGÍMENES POLÍTICOS

Henrique Meier

I.	FORMAS DE ESTADO, FORMAS DE GOBIERNO Y REGÍMENES POLÍTICOS	89
	1. <i>Formas de Estado</i>	89
	2. <i>Formas de gobierno</i>	90
	3. <i>Regímenes políticos. Concepto. Clasificación</i>	91
	4. <i>La relación entre formas de Estado, formas de gobierno y regímenes políticos</i>	93
II.	GOBERNABILIDAD Y REGÍMENES POLÍTICOS	97
	1. <i>Gobernabilidad y sistemas autoritarios (autocracias, dictaduras, despotismos, regímenes totalitarios)</i>	97
	2. <i>Gobernabilidad y sistemas democráticos</i>	102

§5. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU RECEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Rafael Badell Madrid

I.	INTRODUCCIÓN	109
II.	LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU EVOLUCIÓN	112
	1. <i>La responsabilidad del Estado como Principio Fundamental</i>	112
	2. <i>La responsabilidad del Estado y el Derecho a la Igualdad</i>	116

3.	<i>La responsabilidad del Estado, el Derecho de Propiedad y la garantía indemnizatoria de la expropiación</i>	117
4.	<i>La responsabilidad del Estado y el Principio de la Legalidad</i>	118
5.	<i>La responsabilidad del Estado, la jurisdicción contencioso administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva</i>	119
6.	<i>La responsabilidad del Estado y otras disposiciones constitucionales</i>	120
III.	RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	121
1.	<i>Responsabilidad de la Administración</i>	124
	A. <i>Fundamento Constitucional</i>	124
	B. <i>Por funcionamiento normal o anormal del servicio</i>	124
	C. <i>Por sacrificio particular</i>	127
	D. <i>Por riesgo creado</i>	127
	E. <i>Por daños morales causados a particulares</i>	129
	F. <i>Por personas no estatales</i>	134
	a. <i>Responsabilidad del Concesionario</i>	134
	b. <i>Responsabilidad derivada de los “actos de autoridad”</i>	137
	G. <i>Por su inactividad</i>	137
	a. <i>Aproximación conceptual a la inactividad administrativa</i>	138
	b. <i>Aplicación del sistema de responsabilidad a los casos de inactividad</i>	139
2.	<i>Responsabilidad del Estado juez</i>	141
	A. <i>Fundamento Constitucional</i>	141
	B. <i>Supuestos de procedencia</i>	144
	C. <i>Responsabilidad del Estado por la privación judicial de libertad</i> ...	144
	a. <i>Revisión de sentencias definitivamente firmes</i>	144
	b. <i>Revocatoria de sentencias que no hayan adquirido firmeza, a través de los recursos ordinarios</i>	145
	c. <i>Posición de la jurisprudencia venezolana</i>	146
	D. <i>Responsabilidad por faltas en la administración de justicia</i>	148
	a. <i>El error judicial</i>	149
	a'. <i>Requisitos de procedencia</i>	150
	b'. <i>Clasificación doctrinaria del error</i>	150
	c'. <i>Teorías que fundamentan la responsabilidad por error judicial</i>	151
	d'. <i>Comentarios de la jurisprudencia en Venezuela</i>	151
	b. <i>La omisión y el retardo judicial injustificado</i>	152
	a'. <i>Aspecto relativo al procedimiento</i>	152
	b'. <i>Posición de la jurisprudencia</i>	153
	c'. <i>Inejecución total o parcial de sentencias</i>	153
	E. <i>Responsabilidad del Estado por actuaciones no jurisdiccionales</i>	153
3.	<i>Responsabilidad del Estado legislador</i>	154

A.	<i>Fundamento Constitucional de la responsabilidad del Estado legislador</i>	154
B.	<i>Determinación de la responsabilidad del Estado por actos legislativos</i>	155
C.	<i>Requisitos de procedencia</i>	157
D.	<i>Supuestos de responsabilidad del Estado legislador</i>	158
a.	<i>Leyes expropiatorias</i>	158
b.	<i>Inconstitucionalidad de las leyes</i>	159
IV.	CONCLUSIONES	160
	BIBLIOGRAFÍA	161

§6. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO OCASIONADA POR EL RIESGO O VICIO DE LAS COSAS

Pablo Esteban Perrino

I.	INTRODUCCIÓN	165
II.	CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN ARGENTINO DE RESPONSABILIDAD	165
1.	<i>Origen y desarrollo pretoriano</i>	165
2.	<i>Influencia del derecho europeo</i>	167
3.	<i>Responsabilidad directa</i>	168
4.	<i>La regulación de la responsabilidad es de competencia nacional y provincial</i>	169
5.	<i>Requisitos para que surja el deber de responder del Estado</i>	169
III.	LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO	170
1.	<i>Origen y fundamentos</i>	170
2.	<i>¿Quiénes responden?</i>	171
3.	<i>Naturaleza de la obligación de resarcir</i>	172
4.	<i>Eximentes de responsabilidad</i>	172
IV.	APLICACIÓN JUDICIAL DEL FACTOR RIESGO A LA RESPONSABILIDAD ESTATAL	172
1.	<i>Daños provocado por la caída de árboles</i>	173
2.	<i>Daños ocasionados por el mal estado de aceras, calles y rutas</i>	173
3.	<i>Trampolines instalados por un municipio en una playa que ocasionan daños a un bañista</i>	174
4.	<i>Perjuicios producidos a raíz de la caída de parte de la mampostería de un monumento público y la demolición de un inmueble</i>	175
5.	<i>Perjuicios ocasionados por el mal funcionamiento de ascensores en edificios públicos</i>	175
6.	<i>Daños provocados por explosivos</i>	175
7.	<i>Daños provocados por el uso de armas de fuego por parte de policías o integrantes de fuerzas de seguridad, aún en franco de servicio</i>	176
8.	<i>Perjuicios ocasionados a raíz de la muerte de un menor producida por la utilización de un muelle en mal estado</i>	177

	ÍNDICE GENERAL	1073
	9. <i>Daños producidos por la circulación de automotores oficiales</i>	177
	10. <i>Red de vóley colocada peligrosamente</i>	178
V.	ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO A LA RESPONSABILIDAD ESTATAL	178
	1. <i>Reflexiones comunes a los daños originados por sujetos públicos o privado. Amplio alcance del art. 1113, 2° párrafo, 2ª parte, del Código Civil</i>	178
	2. <i>Reflexiones respecto de la responsabilidad estatal por riesgo</i>	180
VI.	LA TEORIA DEL RIESGO Y LA RESPONSABILIDAD ESTATAL DERIVADA DE LA ACTIVIDAD DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS Y DE OBRAS PÚBLICAS	181
VII.	COLOFÓN: NECESIDAD DE LIMITAR EL CAMPO DE ACCIÓN DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN RIESGO	183

§7. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA JUDICIAL

Daniela Urosa Maggi

I.	INTRODUCCIÓN	187
II.	EL DERECHO DISCIPLINARIO JUDICIAL	187
III.	LA POTESTAD DISCIPLINARIA JUDICIAL	188
	1. <i>Naturaleza jurídica</i>	189
	A. <i>La potestad disciplinaria es una potestad pública</i>	189
	B. <i>La potestad disciplinaria es una potestad administrativa</i>	190
	2. <i>Fundamento jurídico</i>	194
	3. <i>Titularidad</i>	197
	4. <i>Potestad disciplinaria y potestad sancionadora</i>	200

SEGUNDA PARTE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

§8. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

Jaime Rodríguez-Arana

I.	INTRODUCCIÓN	207
II.	LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL	208
III.	EL INTERÉS GENERAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	213
IV.	ESTADO-SOCIEDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL	215
V.	REFLEXIÓN FINAL	216

**§9. HACIA EL DOMINIO ESTATAL DE LA PERSONALIDAD HUMANA
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EN RADIO Y
TELEVISIÓN Ó LEY DE CONTENIDOS DE VENEZUELA**

Asdrúbal Aguiar

I.	PRELIMINAR	219
1.	<i>Un modelo constitucional hegeliano, totalitario y “refundador”</i>	221
II.	SUBSIDIARIEDAD DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES	224
III.	SUBSIDIARIEDAD DE LAS FORMAS CONSTITUCIONALES	225
IV.	ESTRUCTURA DE LA LEY	225
1.	<i>Disposiciones generales</i>	226
A.	<i>Objeto y ámbito de aplicación de la ley (artículo 1)</i>	226
B.	<i>Interés y orden público, principios de aplicación e interpretación (artículo 2)</i>	226
C.	<i>Objetivos generales (artículo 3)</i>	226
D.	<i>Idioma, lengua, identificación, intensidad de audio e Himno Nacional (artículo 4)</i>	226
E.	<i>Tipos de programa (artículo 5)</i>	227
F.	<i>Elementos clasificados (artículo 6)</i>	227
2.	<i>De la difusión de mensajes</i>	227
A.	<i>Tipos, bloques de horarios y restricciones por horario (artículo 7)</i>	227
B.	<i>Tiempos para publicidad propaganda y promociones (artículo 8)</i>	228
C.	<i>Restricciones a la publicidad y propaganda (artículo 9)</i>	228
D.	<i>Modalidades de acceso del Estado a espacios gratuitos y obligatorios (artículo 10)</i>	228
3.	<i>De los servicios de radio y televisión por suscripción y de la aplicabilidad y el acceso a canales de señal abierta y bloqueo de señales</i>	228
A.	<i>Acceso y bloqueo de señales (artículo 11)</i>	228
4.	<i>De la democratización y participación</i>	229
A.	<i>Organización y participación ciudadana (artículo 12)</i>	229
B.	<i>Producción nacional, productores nacionales independientes (artículo 13)</i>	229
C.	<i>Democratización en los servicios de radio y televisión (artículo 14)</i>	229
D.	<i>Comisión de programación y asignación de producción nacional independiente (artículo 15)</i>	229
E.	<i>Democratización en los servicios de radio y televisión comunitarios de servicio público, sin fines de lucro (artículo 16)</i>	230
F.	<i>Democratización en los servicios de difusión por suscripción (artículo 17)</i>	230
G.	<i>Garantía para la selección y recepción responsable de los programas (artículo 18)</i>	230
5.	<i>Organos con competencia en materia de responsabilidad social en radio y televisión</i>	230

A.	<i>Competencias de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (artículo 19)</i>	230
B.	<i>Directorio de responsabilidad social (artículo 20)</i>	231
C.	<i>Consejo de responsabilidad social (artículo 21)</i>	231
D.	<i>Incompatibilidades (artículo 22)</i>	231
E.	<i>Información disponible (artículo 23)</i>	231
6.	<i>Del fondo de responsabilidad social y de las tasas</i>	231
A.	<i>Del Fondo de responsabilidad social (artículo 24)</i>	231
B.	<i>Contribución parafiscal (artículo 25)</i>	232
C.	<i>Temporalidad de la obligación tributaria y de la relación jurídico tributaria (artículo 26)</i>	232
D.	<i>Tasas (artículo 27)</i>	232
E.	<i>Sanciones (artículo 28)</i>	232
F.	<i>Suspensión y revocatoria (artículo 29)</i>	232
G.	<i>Prescripción (artículo 30)</i>	233
H.	<i>Inicio del procedimiento y lapso para la defensa y notificaciones (artículo 31)</i>	233
I.	<i>Pruebas (artículo 32)</i>	233
J.	<i>Medida cautelar (artículo 33)</i>	233
K.	<i>Determinación y excepción de sanciones (artículo 34)</i>	233
L.	<i>Decisión (artículo 35)</i>	234
M.	<i>Disposición transitoria (única)</i>	234
N.	<i>Disposición final (única)</i>	234
V.	ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY	234
1.	<i>Nominalismo libertario</i>	234
2.	<i>Dominio público del espectro radioeléctrico y “estatización” finalista de su uso</i>	235
3.	<i>Estandarización de contenidos y censura previa</i>	237
4.	<i>Atentados a la seguridad de la Nación y medidas cautelares del gobierno</i>	239
5.	<i>La cooptación estatal de los espacios y contenidos de radio y de televisión</i>	241
VI.	EPÍLOGO	244

**§10. ACERCA DEL “DEBIDO PROCESO” EN LOS PROCEDIMIENTOS
DESPLEGADOS PARA EL EJERCICIO DE LAS
FUNCIONES ADMINISTRATIVA Y LEGISLATIVA**

Carlos Urdaneta Sandoval

I.	INTRODUCCIÓN	247
1.	<i>El debido proceso en sede administrativa</i>	251
2.	<i>El debido proceso en sede legislativa</i>	261
II.	CONCLUSIONES	263

**§11. LA VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN A TRAVÉS DE LA
CENSURA PREVIA ESTABLECIDA EN LEYES VENEZOLANAS**

Ana Cristina Núñez Machado

I.	INTRODUCCIÓN	267
II.	LA PROHIBICIÓN A LA CENSURA PREVIA COMO PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA	268
III.	ALGUNOS SUPUESTOS DE CENSURA PREVIA ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA VENEZOLANA	273
	1. <i>La exigencia de autorización previa de parte de un ente público para poder difundir contenidos</i>	273
	2. <i>Las medidas cautelares provisionales de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión y de las normas sobre publicidad y propaganda electoral</i>	275

**§12. LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA FRENTE
AL DECRETO 3444**

Manuel Rachadell

I.	INTRODUCCIÓN	279
II.	POSIBILIDAD DE MODIFICAR POR DECRETO EL RÉGIMEN LEGAL DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA	280
	1. <i>La creación de despachos ministeriales y la asignación de competencias</i> ..	281
	A. <i>Las potestades organizatorias del Ejecutivo Nacional</i>	282
	B. <i>La naturaleza y jerarquía de los decretos orgánicos de los ministerios</i>	286
	2. <i>En particular, el régimen de competencias del ministerio de educación superior</i>	287
	A. <i>Las competencias del Ministerio de Educación Superior en el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central</i>	288
	B. <i>Las competencias de las diversas dependencias del Ministerio de Educación Superior en el Reglamento Orgánico del Ministerio</i>	290
III.	IMPLICACIONES DE LA DECLARATORIA DEL CONSEJO NACIONAL DE UNIVERSIDADES COMO SERVICIO AUTÓNOMO SIN PERSONALIDAD JURÍDICA	293
	1. Los antecedentes	293
	A. <i>El régimen presupuestario</i>	293
	B. <i>La figura del servicio autónomo sin personalidad jurídica</i>	294
	2. <i>El consejo nacional de universidades como servicio autónomo</i>	296
	3. <i>Significado del artículo 26 del reglamento orgánico del ministerio de educación superior</i>	298
IV.	CONCLUSIONES	301

§13. MENSAJE DE DATOS EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA VENEZOLANA Y SUS CONSECUENCIAS EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CIUDADANOS
Irmaisabel Lovera De Sola

I.	INTRODUCCIÓN	303
II.	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA	305
III.	CONCLUSIÓN	310
	BIBLIOGRAFÍA	312

TERCERA PARTE
EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

§14. LA ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA CONSTITUCIÓN DEL 99: DESARROLLO Y SITUACIÓN ACTUAL
María Amparo Grau

I.	INTRODUCCIÓN	317
II.	EL DUALISMO PODER CONSTITUYENTE Y PODER CONSTITUIDO ..	318
III.	LA DIVISIÓN DEL PODER ESTATAL Y DEL PODER SOCIAL	319
IV.	DISTINCIÓN VERTICAL DEL PODER	321
V.	DIVISIÓN HORIZONTAL O FUNCIONAL DEL PODER	322
	1. <i>Poder Ejecutivo</i>	323
	2. <i>Poder Legislativo</i>	328
	3. <i>Poder Judicial</i>	329
	4. <i>Poder Ciudadano</i>	329
	5. <i>Poder Electoral</i>	330
	6. <i>Órganos Constitucionales Autónomos:</i>	331
VI.	CONCLUSIÓN	332

§15. SOBRE LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA
Isaac Augusto Damsky

I.	INTRODUCCIÓN	333
II.	LA TEORÍA DEL ÓRGANO	335
	1. <i>Critica a la teoría</i>	336
III.	LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA	339
	1. <i>Jerarquía</i>	340
	A. <i>Referencia sobre la noción de potestad</i>	344
	2. <i>Competencia</i>	345

3.	<i>Las técnicas de erigidas a la jerarquía de principio</i>	346
A.	<i>Avocación y Delegación</i>	347
B.	<i>Centralización y Descentralización</i>	347
4.	<i>La jerarquización de otros principios</i>	348
A.	<i>Publicidad de los actos de gobierno</i>	348
B.	<i>Cooperación</i>	349
C.	<i>Programación, desarrollo de objetivos y control de gestión</i>	350
D.	<i>Servicio efectivo</i>	351
IV.	REFLEXIONES FINALES	352

**§16. SOBRE EL RÉGIMEN MUNICIPAL UNIFORME EN LA
CONSTITUCIÓN BOLIVARIANA DE VENEZUELA Y EN LA
LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL**

Fortunato González Cruz

I.	INTRODUCCIÓN	355
II.	COMENTARIOS DE CARÁCTER GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL	364
III.	ALGUNAS OBSERVACIONES A DISPOSICIONES ESPECÍFICAS DE LA LEY DE LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL	365
	BIBLIOGRAFÍA	372

**§ 17. CUESTIONES ACERCA DEL CONTROL PÚBLICO
LA EXPERIENCIA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA**

Miriam Mabel Ivanega

I.	PRIMERA PARTE DEL CONTROL PÚBLICO	375
1.	<i>El control público</i>	375
2.	<i>El control interno</i>	376
3.	<i>El control externo</i>	377
4.	<i>La auditoría como técnica de control público</i>	378
5.	<i>Control, gestión y auditoría</i>	379
6.	<i>Las 3 E</i>	380
7.	<i>Aspectos relevantes en materia de control público: la independencia del controlador y de los organismos de control</i>	381
II.	EL CONTROL PÚBLICO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA	383
1.	<i>El sistema de control interno</i>	383
A.	<i>La Sindicatura General de la Nación</i>	384
B.	<i>Las Unidades de Auditoría Interna</i>	386
2.	<i>El sistema de control externo</i>	387
A.	<i>La Auditoría General de la Nación</i>	387
III.	CONCLUSIÓN	392

**CUARTA PARTE
EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO**

**§18. INTRODUCCIÓN AL SISTEMA PRESUPUESTARIO EN LA
LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA
DEL SECTOR PÚBLICO Y EN SU REGLAMENTO N° 1**

Giancarlo Henríquez Maionica

I.	INTRODUCCIÓN	397
II.	EL PRESUPUESTO PÚBLICO EN VENEZUELA	398
	1. <i>El presupuesto público. Un concepto necesariamente controlado e innecesariamente ambivalente</i>	398
	A. <i>La concepción de presupuesto: ¿Ley o acto administrativo?</i>	398
	B. <i>El control del presupuesto público:</i>	406
	2. <i>El ciclo presupuestario: Las actividades administrativas de formulación, ejecución y evaluación presupuestaria:</i>	413
	A. <i>La formulación y la ejecución:</i>	413
	B. <i>La evaluación presupuestaria:</i>	429
III.	LOS PRINCIPIOS PRESUPUESTARIOS BÁSICOS EN LA LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO	434
	1. <i>Equilibrio. Su redefinición “eficiente” y “razonada”:</i>	435
	2. <i>Anualidad. Desde el siglo XVII hasta nuestros días:</i>	437
	A. <i>Ejecución de proyectos:</i>	439
	B. <i>Reconducción y sucesividad:</i>	440
	3. <i>Unidad y no afectación específica. La omnicomprensión presupuestaria y el (a veces no) necesario “paso” por el Tesoro:</i>	441
	4. <i>Especialización o especificidad (cualitativa y cuantitativa). Las limitaciones subjetivas y objetivas del presupuesto, y su deslimitada realidad: ..</i>	442
	5. <i>Validez de las obligaciones contraídas ¿Qué viene antes, el presupuesto o el contrato?</i>	444
IV.	CONCLUSIONES	446

**§19. EL SISTEMA DE CONTROL INTERNO SEGÚN LA
LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA
DEL SECTOR PÚBLICO**

Freddy J. Orlando S.

I.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES	449
II.	CONCEPTO DE CONTROL INTERNO	450
III.	EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE CONTROL INTERNO	451
	1. <i>El Código de Hacienda de 1873</i>	451
	2. <i>Ley de la Hacienda Pública de 1918</i>	452
	3. <i>Los Avances alcanzados a partir de 1958</i>	454

IV.	EL SISTEMA DE CONTROL INTERNO PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO	459
V.	LOS ÓRGANOS COMPETENTES PARA REALIZAR ACTIVIDAD DE CONTROL INTERNO	465
VI.	LA SUPERINTENDENCIA DE UNIDADES DE AUDITORÍA INTERNA ...	467
VII.	LAS ATRIBUCIONES DE LAS UNIDADES DE AUDITORÍA INTERNA ...	471
VIII.	EL RÉGIMEN FUNCIONARIAL EN EL ÁMBITO DEL CONTROL INTERNO	474
IX.	EPÍLOGO	475
X.	CONCLUSIONES	476

§20. DE LO PRIVADO A LO PÚBLICO EN EL DERECHO MERCANTIL

Alfredo Morles Hernández

I.	INTRODUCCIÓN	479
II.	LAS MODALIDADES DE REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA	481
	1. <i>El sistema en los contratos de financiamiento de la actividad empresarial</i>	481
	2. <i>El sistema en los contratos de asistencia técnica, de suministros y de cobertura de los riesgos de la empresa</i>	483
	3. <i>El sistema en los contratos de distribución de los productos y de los servicios de la empresa</i>	484
	4. <i>El sistema en los contratos de venta y permuta de los bienes y en los contratos de prestación de servicios</i>	485
III.	PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES	485
IV.	EFFECTOS DEL TRASLADO	486
V.	CONCLUSIONES	487

§21. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL CONTROL DE CAMBIOS

Jorge Luis Suárez M.

489

§22. LOS DE BIENES NACIONALES

Lucinda Villareal Corrales

I.	LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	505
II.	LA LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES	506
	1. <i>La Ley Federal del Mar</i>	507
	2. <i>El régimen de dominio Público</i>	509
	3. <i>Las concesiones, permisos y autorizaciones</i>	509

4.	<i>La concesión de inmuebles</i>	510
5.	<i>El Registro Público de la Propiedad Federal</i>	510
6.	<i>Las concesiones sobre inmuebles federales</i>	510

§23. ABC PETROLERO

Germán Acedo Payarez

I.	INTRODUCCIÓN	513
II.	AMBIENTE Y SU PROTECCIÓN	514
III.	APERTURAS PETROLERAS	515
IV.	BANCO CENTRAL DE VENEZUELA	515
V.	CITGO	516
VI.	CONTRABANDO DE EXTRACCIÓN	517
VII.	CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	518
VIII.	CONTRATOS EN MATERIA DE HIDROCARBUROS	518
IX.	COOPERATIVAS Y SECTOR PETROLERO	519
X.	DIVIDENDOS EN EL ÁREA DE HIDROCARBUROS	519
XI.	EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS	520
XII.	EXPLORACIÓN	521
XIII.	EXPLOTACIÓN	521
XIV.	EXPLOTACIÓN (CIFRAS) PETROLERA	521
XV.	EXPLOTACIÓN HORIZONTAL	522
XVI.	FUERZA LABORAL DE PDVSA	523
XVII.	IMPUESTOS DE HIDROCARBUROS	523
XVIII.	INFORMES CORPORATIVOS	524
XIX.	MERCADO INTERNO DE HIDROCARBUROS Y SUS DERIVADOS	524
XX.	OBRAS PÚBLICAS	525
XXI.	OPERACIONES EN CUBA	525
XXII.	“PDVSA ES DE TODOS”	525
XXIII.	PDVSA Y ACCIDENTES INDUSTRIALES	526
XXIV.	PDVSA Y CANALES DE TELEVISIÓN	526
XXV.	PDVSA Y CONFIDENCIALIDAD	526
XXVI.	PDVSA Y LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	527
XXVII.	PDVSA Y EL RÉGIMEN DE MULTAS (SANCIONES PECUNIARIAS) ..	527
XVIII.	PDVSA Y OPERACIONES DE TRUEQUE (“INTERCAMBIO”)	528
XXIX.	PDVSA, SUS AUDITORES Y COMISARIOS	528
XXX.	PRESIDENCIA DE PDVSA	529
XXXI.	PERSONAL DESPEDIDO Y SU FONDO DE AHORROS	530
XXXII.	PERSONAL DESPEDIDO Y SUS PRESTACIONES SOCIALES	530
XXXIII.	REPAROS FISCALES	530
XXXIV.	RESERVAS DE HIDROCARBUROS	531

XXXV. SENIAT	532
XXXVI. TRIBUTACIÓN	532
XXXVII. CONCLUSIÓN	533

§24. ALGUNOS ASPECTOS LEGALES DE LA TITULARIZACIÓN DE CRÉDITOS BANCARIOS

Gustavo Muci Facchín

I. INTRODUCCIÓN	535
II. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR TITULARIZACIÓN?	536
III. SUJETOS INVOLUCRADOS EN EL PROCESO DE “TITULARIZACIÓN DE CRÉDITOS BANCARIOS”	538
IV. ASPECTOS CONTRACTUALES DEL PROCESO DE “TITULARIZACIÓN DE CRÉDITOS BANCARIOS”	538
V. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TÍTULOS VALORES EMITIDOS POR EL “VEHÍCULO DE PROPÓSITO ESPECIALIZADO”	539
VI. FORMAS MÁS COMUNES DE TITULARIZAR	540
VII. EL MERCADO SECUNDARIO DE HIPOTECAS	542
1. <i>El Mercado Secundario de Hipotecas en Estados Unidos</i>	542
2. <i>Avances alcanzados en beneficio de la creación de un mercado secundario de hipotecas en Venezuela</i>	542
VIII. OBSTÁCULOS LEGALES QUE ENFRENTAN LOS PROCESOS DE “TITULARIZACIÓN DE CRÉDITOS BANCARIOS”	546
IX. BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA TITULARIZACIÓN Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS (FACTORING, CÉDULAS HIPOTECARIAS, FONDOS DEL MERCADO MONETARIO)	551
BIBLIOGRAFÍA	552

§25. LA ACTIVIDAD DE DESREGULACIÓN DE LOS MERCADOS COMO MECANISMO PARA EL FOMENTO DE LA COMPETENCIA

Joaquín David Bracho Dos Santos

I. INTRODUCCIÓN	555
II. DESREGULACIÓN, LIBERALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN	556
III. LA DESREGULACIÓN COMO MECANISMO DE FOMENTO DE LA COMPETENCIA	559
IV. EL PROCESO DE DESREGULACIÓN EN VENEZUELA	562
V. CONCLUSIONES	565

**§26. LA PARTICIPACIÓN DE ORGANIZACIONES REPRESENTATIVAS DE
CLIENTES O USUARIOS EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA DE CIERTOS
ENTES GREMIALES (ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN DEL
CONSEJO BANCARIO NACIONAL)**

Gustavo A. Grau Fortoul

I.	INTRODUCCIÓN	567
II.	LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO FUNDAMENTO DE LA ACTUACIÓN DE ESTAS ORGANIZACIONES:	568
III.	LA CONSULTA PÚBLICA” EN PROCESOS DE PRODUCCIÓN DE NORMAS, COMO MECANISMO ESPECIAL DE PARTICIPACIÓN:	570
IV.	ÁMBITO SUBJETIVO Y MATERIAL DE APLICACIÓN DE ESTA NORMATIVA. SU EXIGIBILIDAD A LA ACTIVIDAD DEL CBN:	572
	1. <i>Sobre el ámbito subjetivo de la LOAP:</i>	573
	2. <i>Sobre la naturaleza jurídica del CBN:</i>	573
	3. <i>Su integración o no en la Administración Pública:</i>	576
	4. <i>Potestades normativas del CBN. Aplicación del régimen de “consulta pública” previsto en la LOAP:</i>	580
	5. <i>Cargas y requisitos que impone el procedimiento de “consulta”:</i>	582
V.	CONCLUSIONES	584

**§27. REGULARIZACIÓN DE LA TENENCIA A FAVOR DE
LOS OCUPANTES ILEGALES DE TIERRA URBANA**

Judith Rieber de Bentata

I.	INTRODUCCIÓN	585
II.	DERECHO A LA VIVIENDA	587
III.	SOLUCIONES QUE PODEMOS APORTAR TRANSFERENCIA DE DERECHOS Y HABILITACIÓN FÍSICA	588
IV.	NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DEL OCUPANTE CON LA TIERRA EN LAS ZONAS URBANAS. LA VIVIENDA COMO DERECHO	589
	1. <i>Transferencia de derecho de propiedad sobre terrenos urbanos ocupados</i>	591
	A. <i>Hernando de Soto y la experiencia peruana</i>	591
	B. <i>Qué ha sucedido en Bolivia?</i>	593
	2. <i>Opciones alternativas</i>	593
	A. <i>Otra vez Bolivia</i>	594
	B. <i>Brasil</i>	594
V.	EN VENEZUELA ES NECESARIA UNA LEY?	596
	1. <i>Política nacional de transferencia de derechos y de habilitación física de barrios</i>	596
	2. <i>Derecho a la transferencia de un título sobre la tierra ocupada</i>	597
	3. <i>Autoridad competente</i>	598
	4. <i>Si es necesaria una ley</i>	600
VI.	CONCLUSIONES	600

**§28. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE
RESCATE DE TIERRAS REGULADO EN LA LEY DE TIERRAS
Y DESARROLLO AGRARIO**

Alberto Baumeister Toledo

I.	BREVE INTRODUCCIÓN	603
II.	TRÁMITE Y REQUISITOS DEL PROCEDIMIENTO DE RESCATE	604
	1. <i>Tipos de tierras afectadas</i>	604
	2. <i>El procedimiento de rito</i>	607
III.	SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS OCUPANTES DERIVADOS DE MEJORAS Y BIENHECHURÍAS EJECUTADAS EN LAS TIERRAS OBJETO DE RESCATE	611
IV.	CONCLUSIONES	614

**§29. REGIMEN JURÍDICO DE LA ACUICULTURA EN VENEZUELA
Y SUS CONSECUENCIAS. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACUICULTURA Y LA
VIABILIDAD DE IMPORTACIÓN DE POST-LARVAS DE CAMARONES PARA
SU INTRODUCCIÓN EN GRANJAS DE CRÍA DE CAMARONES CON FINES DE
MEJORAMIENTO GENÉTICO DE LA ESPECIE**

Ana Elvira Araujo García

I.	RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACUICULTURA. ANTECEDENTES. RE- GULACIÓN LEGAL. ÓRGANOS Y PROCEDIMIENTO GENERAL DE AUTORIZACIONES	615
II.	VIABILIDAD JURÍDICA DE IMPORTACIÓN DE NAUPLIOS O POST- LARVAS DE CAMARONES CON FINES DE MEJORAMIENTO GENÉ- TICO DE LA ESPECIE. ÓRGANOS COMPETENTES. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y MOTIVACIÓN	620
III.	ALTERNATIVAS Y CONCLUSIONES	627

**QUINTA PARTE
EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO**

**§30. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CANTIDADES RETENIDAS POR
CONCEPTO DE IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.
PROCEDIMIENTO PARA SU RECUPERACIÓN Y POSIBILIDADES DE SU
COMPENSACIÓN Y CESIÓN**

Juan Cristóbal Carmona Borjas

I.	RÉGIMEN DE RETENCIONES DE IMPUESTO AL VALOR AGREGADO	631
	1. <i>Breve descripción del mecanismo</i>	631
II.	EFFECTOS ECONÓMICOS	634
	1. <i>Escenario previo a las Providencias Administrativas</i>	636

III.	PROCEDIMIENTO DE RECUPERACIÓN	638
1.	<i>Consideraciones preliminares</i>	638
2.	<i>Etapas relevantes del proceso de recuperación de retenciones de IVA</i>	638
IV.	NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CANTIDADES RETENIDAS	642
V.	ACTOS DE DISPOSICIÓN SUSCEPTIBLES DE SER REALIZADOS RESPECTO DE LAS RETENCIONES DE IVA	646
VI.	TRATAMIENTO CONFERIDO A LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE OTROS INSTITUTOS VINCULADOS AL IVA	651
1.	<i>Créditos fiscales de IVA susceptibles de recuperación distintos de los provenientes de las retenciones</i>	652
2.	<i>Créditos fiscales, elementos técnicos de determinación de la Cuota Tributaria del IVA no sometidos a regímenes de recuperación</i>	654
3.	<i>Pago de IVA en exceso, por causas distintas a la retención</i>	656
4.	<i>Créditos de contribuyentes ocasionales o no deducibles</i>	656
VII.	CONCLUSIONES	657
	BIBLIOGRAFÍA	658

**§31. APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LA BASE IMPONIBLE EN EL
IMPUESTO MUNICIPAL A LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS (IMAE)**

Luis Fraga Pittaluga

I.	GENERALIDADES SOBRE LA BASE IMPONIBLE	659
1.	<i>Concepto</i>	659
2.	<i>Características</i>	660
A.	<i>Elemento estructural del tributo</i>	660
B.	<i>Magnitud económica</i>	661
C.	<i>Vinculación con el hecho imponible</i>	661
D.	<i>Elemento cuantificador de la obligación tributaria</i>	662
E.	<i>Materia propia de la reserva legal tributaria</i>	662
F.	<i>Índice de capacidad contributiva</i>	663
3.	<i>Tipos</i>	663
II.	LA BASE IMPONIBLE EN EL IMAE	663
1.	<i>Planteamiento del problema</i>	663
2.	<i>Postura de la doctrina anterior a la LOPPM</i>	666
3.	<i>Regulación actual en la LOPPM</i>	666
A.	<i>La base imponible: El ingreso bruto</i>	667
a.	<i>Concepto</i>	667
b.	<i>Características del ingreso bruto gravable</i>	667
B.	<i>Conceptos excluidos de la base imponible</i>	670
C.	<i>Deducciones a la base imponible</i>	672

SEXTA PARTE
LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

**§32. A IMPRESCINDÍVEL NATUREZA CONSTITUCIONAL DA AÇÃO
ADMINISTRATIVA E SEUS INSTRUMENTOS OPERACIONAIS
NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA:
ALGUMAS PROBLEMATIZAÇÕES**

Rogério Leal

I.	NOTAS INTRODUTÓRIAS:	675
II.	FENÔMENO, FATO E ATO JURÍDICO: UMA PERSPECTIVA DA CIVILÍSTICA CLÁSSICA:	675
III.	ATO JURÍDICO E ATO ADMINISTRATIVO:	681
IV.	TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.	685
V.	DOS PRESSUPOSTOS E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ATO ADMINISTRATIVO:	688
VI.	ASPECTOS DOGMÁTICO-TRADICIONAIS DO ATO ADMINISTRATIVO NO BRASIL:	693
VII.	CONSIDERAÇÕES FINAIS:	697
	BIBLIOGRAFIA	699

**§33. EL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA VIS
EXPANSIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO**

José Ignacio Hernández G.

I.	INTRODUCCIÓN	703
II.	EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO LA FORMA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA	704
	1. <i>El concepto formal de procedimiento administrativo y su recepción en el Derecho venezolano</i>	704
	2. <i>La actividad administrativa objeto del procedimiento administrativo como actividad sujeta a Derecho Público. La recepción de esta tesis en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos</i>	706
	3. <i>Las dos excepciones iniciales a este principio: la actividad de Derecho Público de los particulares y la actividad administrativa de Derecho Público de las empresas públicas</i>	708
	A. <i>La tesis de los actos de autoridad</i>	708
	B. <i>La actividad administrativa de los entes con forma de Derecho Privado</i>	709
	C. <i>Recapitulación</i>	712
III.	LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO ADMINIS- TRATIVO A ACTIVIDADES REGIDAS PRE-PONDERANTEMEN- TE POR EL DERECHO PRIVADO	712
	1. <i>La ampliación del procedimiento administrativo a empresas -públicas y privadas- que gestionan "servicios públicos": la tesis jurisprudencial del "contencioso de los servicios públicos"</i>	712

A.	<i>Breve excurso sobre el llamado contencioso de los servicios públicos y la ampliación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa</i>	713
B.	<i>La ampliación del procedimiento administrativo a empresas -públicas o privadas- que gestionan actividades de servicio público</i>	715
2.	<i>La ampliación del procedimiento administrativo a empresas que gestionan actividades de interés general en la legislación especial</i>	717
3.	<i>Reflexiones críticas sobre la ampliación del procedimiento administrativo a actividades que no entrañan el ejercicio de potestades públicas. ¿Hacia un nuevo concepto de actividad administrativa?</i>	719
A.	<i>Algunas diferencias básicas entre los conceptos de servicio público, potestades administrativas, y actividad administrativa</i>	719
B.	<i>Planteamiento crítico al intento de definir el procedimiento administrativo sobre la base del concepto de servicio público</i>	721
C.	<i>Una forzosa matización: la actividad administrativa regida por el Derecho Privado y la institución del procedimiento administrativo. Sobre el Derecho administrativo privado desde el artículo 141 constitucional</i>	722
D.	<i>A modo de recapitulación: ¿Redefinición del concepto de actividad administrativa?. Sobre la extensión del procedimiento administrativo a actividades de interés general que no entrañan el ejercicio de potestades administrativas</i>	725

§34. LA TUTELA DEL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DESTITUCIÓN DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Carlos Luis Carrillo Artilles

I.	INTROITO	729
II.	FUNDAMENTO DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA ...	730
III.	LA IMPRETERMITIBLE VINCULACIÓN DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA A UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	731
IV.	EL ESPECTRO ADJETIVO DISCIPLINARIO EN LA LEFP	731
V.	ÁMBITO SUBJETIVO DE IRRADIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN EN LA LEFP	732
VI.	LA ERRÓNEA E INSUFICIENTE REDACCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO EN LA LEFP	735
VII.	LA INSUFICIENCIA DE REMISIONES NORMATIVAS Y EL DESCONOCIMIENTO DE PREVISIONES GARANTÍSTICAS. LA INELUDIBLE LABOR DE INTEGRACIÓN NORMATIVA	735
VIII.	EL FUNDAMENTO DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO Y SUS IMPLICACIONES	737
IX.	INMERSIÓN EN EL ARTÍCULO 89 DE LEFP. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN.....	737
X.	ALGUNAS PROPUESTAS FINALES	741
	BIBLIOGRAFÍA	742

**§35. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA
Y SU APLICABILIDAD RESPECTO DE LOS ÁMBITOS
DE ACTUACIÓN DEL PODER PÚBLICO**

Caterina Balasso

I.	INTRODUCCIÓN	745
	1. <i>La confianza legítima y la actividad administrativa</i>	747
	2. <i>La confianza legítima y la administración de justicia</i>	748
	3. <i>La confianza legítima y la adopción de normas</i>	751
II.	CONCLUSIONES	753

§36. NOTAS SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Gustavo Linares Benzo

I.	INTRODUCCIÓN	755
II.	EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO	756
III.	CONTENIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO	757
IV.	LAS EMPRESAS DEL ESTADO Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	759
	1. <i>Generalidades</i>	759
	2. <i>Algunos casos particulares</i>	763
V.	ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO	764
	1. <i>Elementos objetivos</i>	764
	A. <i>El presupuesto de hecho</i>	765
	B. <i>La finalidad del acto administrativo</i>	767
	C. <i>La causa</i>	768
	D. <i>Los motivos</i>	768
	2. <i>Elementos formales</i>	769
	A. <i>Procedimiento</i>	769
	B. <i>La forma</i>	769
	C. <i>La motivación</i>	769
VI.	LA EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	770
	1. <i>La ejecución de los actos administrativos</i>	771
	A. <i>Apremio sobre el patrimonio</i>	773
	B. <i>Ejecución subsidiaria</i>	773
	C. <i>Compulsión sobre la persona</i>	773
	D. <i>Multa coercitiva</i>	774
	2. <i>Las condiciones de eficacia de los actos administrativos</i>	774
	A. <i>La notificación</i>	774
	B. <i>Los interesados</i>	775
	3. <i>Cesación de la eficacia</i>	781
VII.	EL SILENCIO ADMINISTRATIVO	782
VIII.	VALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	782
	1. <i>Nulidad absoluta</i>	783
	2. <i>Anulabilidad</i>	784
	3. <i>Revocación</i>	784

§37. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NORMATIVA POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VENEZOLANA

José Antonio Muci Borjas

I.	INTRODUCCIÓN: LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL PROCEDIMIENTO (ADMINISTRATIVO) QUE LA ADMINISTRACIÓN DEBE SEGUIR CUANDO SE PROPONE ADOPTAR NORMAS	785
II.	LOS ANTECEDENTES DEL PROCESO Y DEL FALLO: EL ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIO DE 2003 Y LA APROBACIÓN DE NORMAS	787
III.	LA IMPUGNACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIO	789
IV.	LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO DE LA SALA CONSTITUCIONAL ..	789
V.	LO QUE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEJÓ DE APRECIAR. UN GRAVE ERROR <i>IN IUDICANDO</i>	790
	1. <i>Primera hipótesis de trabajo: El Decreto N° 2.278 contiene una delegación de atribuciones. La negociación y suscripción de los Convenios Cambiarios es competencia propia del Presidente de la República</i>	791
	2. <i>Segunda hipótesis de trabajo: El Decreto N° 2.278 no contiene una delegación de atribuciones. La negociación y suscripción de los Convenios Cambiarios es competencia propia del Ministerio de Finanzas</i>	792
VI.	REFLEXIONES COMPLEMENTARIAS PARA UNA MEJOR COMPRENSIÓN DEL GRAVE ERROR <i>IN IUDICANDO</i>	792
VII.	OTRAS CIRCUNSTANCIAS (RELEVANTES) POSTERIORES AL FALLO	793

§38. LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS PARTICULARES

Duilio David Matheus R.

I.	INTRODUCCIÓN	795
II.	EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS PARTICULARES	796
III.	UBICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GENERAL	799
IV.	ANÁLISIS DE LOS AVANCES JURISPRUDENCIALES A LA LUZ DE LA DOCTRINA	801
	1. <i>Cuando la Ley expresamente autoriza la retroactividad</i>	804
	2. <i>Cuando la retroactividad es el efecto natural del acto</i>	804
	3. <i>Cuando los actos son dictados en sustitución de un acto anulado y siempre que no lesionen derechos adquiridos</i>	805
V.	PARTICULAR REFERENCIA A LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE DERECHOS ANTIDUMPING EN VENEZUELA	806
VI.	CONCLUSIONES	808
	BIBLIOGRAFÍA	809

§39. LAS RECLAMACIONES EN EL SISTEMA DE SALUD ESPAÑOL

Zulima Sánchez Sánchez

I.	ORÍGENES DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE RECLAMACIÓN Y QUEJA EN LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA	811
II.	IMPORTANCIA DE LA RECLAMACIÓN Y QUEJA PARA EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA: UNA VISIÓN POSITIVA DE ESTA MATERIA	812
III.	NORMAS QUE REGULAN EL DERECHO DE RECLAMACIÓN Y QUEJA	813
IV.	TITULARES DEL DERECHO	814
V.	CRITERIOS A DISTINGUIR A LA HORA DE INTERPONER RECURSOS	815
	1. <i>Tipo de centro</i>	815
	A. <i>Sistema público de Salud</i>	815
	B. <i>Sistema Privado de Salud</i>	815
	2. <i>Tipo de daño o lesión y su gravedad. Ejemplos más frecuentes de reclamaciones</i>	816
VI.	RECLAMACIONES MÁS FRECUENTES. CASUÍSTICA Y EJEMPLOS.....	817
VII.	CONCLUSIÓN	817
VIII.	DATOS RECLAMACIONES AÑO 2004	817
IX.	DIFERENCIAS ENTRE QUEJA O RECLAMACIÓN Y SUGERENCIA	818
	1. <i>Reclamación o queja</i>	818
	2. <i>Sugerencia</i>	818
	3. <i>Conclusión</i>	819
X.	PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE UNA QUEJA O SUGERENCIA	819
	1. <i>Contenido del escrito</i>	819
	2. <i>Información que se debe recopilar</i>	820
	3. <i>Procedimiento para la tramitación de una reclamación o sugerencia en establecimientos públicos</i>	820
	4. <i>Procedimiento para la elaboración de una reclamación o sugerencia en establecimientos privados</i>	820
	5. <i>Contenido de la contestación a la reclamación</i>	821
XI.	CÓMO PRESENTAR RECLAMACIONES Y DENUNCIAS EN VÍA JUDICIAL	821
XII.	CONCLUSIÓN	822

§40. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO APLICADA A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

María Verónica Espina Molina

I.	INTRODUCCIÓN	823
II.	LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO	824

1.	<i>Definición</i>	824
2.	<i>Condiciones de procedencia de la excepción de contrato no cumplido según la legislación venezolana</i>	824
	A. <i>Necesidad de un contrato bilateral e interdependencia de las obligaciones</i>	825
	B. <i>Necesidad de un incumplimiento previo</i>	825
	C. <i>Naturaleza de las obligaciones y gravedad del incumplimiento</i>	826
3.	<i>Consecuencias de la invocación del la excepción de contrato no cumplido</i>	826
III.	APLICABILIDAD DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	827
	1. <i>Aplicabilidad de la excepción de contrato no cumplido en los contratos administrativos en el Derecho Comparado</i>	827
	2. <i>Evolución jurisprudencial en Venezuela sobre la aplicación de la excepción de contrato no cumplido a los contratos administrativos</i>	829
	3. <i>Condiciones de procedencia</i>	831
	4. <i>La gravedad del incumplimiento previo</i>	832
IV.	LA BUENA FE QUE INSPIRA LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	833
V.	CONCLUSIONES	834

§41. LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Claudia Briceño de Muci

I.	DEL FUNDAMENTO TELEOLÓGICO DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES	837
	1. <i>Privilegios y prerrogativas de la Administración</i>	837
	2. <i>Autotutela de la Administración</i>	838
II.	DE LOS TIPOS DE CLÁUSULAS EXORBITANTES	839
	1. <i>Cláusulas en contra de la Administración</i>	839
	2. <i>Cláusulas a favor de la Administración</i>	840
	A. <i>Poder de extinción unilateral del Contrato:</i>	840
	B. <i>Facultad de modificar unilateralmente el contrato (Ius Variandi)</i> ..	841
	C. <i>Poder de interpretar unilateralmente el contrato</i>	842
	D. <i>Poder de controlar y dirigir el contrato</i>	843
III.	LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES. ANÁLISIS DEL CONCEPTO	843
	1. <i>Noción General</i>	843
	2. <i>Enfoque doctrinario y jurisprudencial</i>	844
	A. <i>Como criterio utilizado para definir el contrato administrativo</i>	844
	B. <i>Como Cláusulas presentes de manera tácita o implícitas en todos los contratos Administrativos como consecuencia de las prerrogativas de la Administración</i>	845
IV.	CONCLUSIONES	847
	BIBLIOGRAFÍA	848

SÉPTIMA PARTE
LA JURISICCIÓN CONTENCIOSO ADMINSTRATIVA

**§42. DERECHO DE PETICIÓN Y ACCIÓN JUDICIAL
DE CARA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA PANAMEÑA**

Javier Ernesto Sheffer Tuñón

I.	IDEAS INTRODUCTORIAS	851
II.	DESARROLLO DEL TEMA	851
	1. <i>Tesis de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia acerca de la materia objeto de estudio</i>	855
	A. <i>Pleno</i>	855
	a. <i>La posición jurisprudencial frente al principio del debido proceso legal</i>	857
	B. <i>Sala Tercera</i>	859
	a. <i>El caso de la “triple terapia”: un precedente singular</i>	861
III.	COROLARIO	864

§43. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO

Román J. Duque Corredor

I.	EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO Y EL SISTEMA DE GARANTÍAS CIUDADANAS	865
II.	CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO: PRESUPUESTOS	865
III.	CONSTITUCIONALISMO PROCESAL EN VENEZUELA	867
	1. <i>Consagración de principios constitucionales del proceso</i>	867
	A. <i>Desarrollo jurisprudencial</i>	868
	2. <i>Consagración de normas procesales constitucionales</i>	872
	A. <i>Comentarios y referencia a algún desarrollo jurisprudencial</i>	873
	3. <i>Constitucionalización de principios procesales. Comentarios</i>	874
IV.	EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LA CASACIÓN	875
	1. <i>El Estado de Derecho y sus sistemas de control</i>	876
	2. <i>Principios constitucionales que orientan a la casación como medio de control de la constitucionalidad y legalidad de las sentencias</i>	876
V.	REQUERIMIENTOS DE UN NUEVO SISTEMA DE CASACIÓN EN RAZÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (“MENOS DOGMAS Y MÁS RESULTADOS JUSTOS”)	877
VI.	CONCLUSIÓN	878

§44. JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN MEXICO

Josefina Ponce

I.	RESUMEN	879
II.	INTRODUCCIÓN	879
III.	EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	879
	1. <i>Origen histórico</i>	879
	2. <i>Origen en México</i>	880
IV.	CONCEPTO Y DEFINICIÓN	881
V.	NATURALEZA JURÍDICA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .	881
VI.	LEGISLACIÓN	882
VII.	PROCEDIMIENTO	883
	1. <i>Partes en el juicio</i>	883
	2. <i>Resolución</i>	883
	3. <i>La demanda</i>	884
	4. <i>Improcedencia</i>	888
	5. <i>Sobreseimiento</i>	888
	6. <i>La Audiencia</i>	888
	7. <i>Las sentencias</i>	889
VIII.	INVALIDEZ DE LOS ACTOS IMPUGNADOS	889
IX.	EL RECURSO	891
	1. <i>Resolución del recurso</i>	891
X.	JURISPRUDENCIA	892
XI.	CONCLUSIONES	892
	BIBLIOGRAFÍA	892

§45. DE LOS SISTEMAS DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA: SUS RIESGOS FUNDAMENTALES Y SU PROYECCIÓN CONTEMPORÁNEA

Mariano R. Brito

I.	INTRODUCCIÓN	895
	1. <i>De la relevancia de la jurisdicción administrativa cara al Estado de Derecho</i>	895
	2. <i>El histórico carácter exclusivamente revisor de la jurisdicción administrativa y su superación parcial</i>	895
II.	DE LOS SISTEMAS DE LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA: SUS RASGOS FUNDAMENTALES Y PROYECCIÓN CONTEMPORÁNEA	899
	1. <i>La garantía de la tutela judicial efectiva</i>	899
	A. <i>El artículo 19 IV de la Ley Fundamental de Bonn</i>	899
	B. <i>El art. 24 de la Constitución española de 1978</i>	899
	C. <i>Constitución brasileña</i>	899
	D. <i>Constitución uruguaya de 1967</i>	899

2.	<i>El sometimiento de la actuación administrativa y el contralor jurisdiccional consiguiente a la verificación de estándares jurídicos conceptos jurídicos indeterminados</i>	900
III.	CONCLUSIONES	902

**§46. LA ORALIDAD EN EL ORDEN
JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVO**

Víctor Rafael Hernández-Mendible

I.	PROEMIO	905
II.	INTRODUCCIÓN	908
III.	LA SITUACIÓN ACTUAL DEL PROCESO ADMINISTRATIVO	911
IV.	EL DEBATE SOBRE LA ORALIDAD EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO	913
V.	LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE INSPIRAN EL PROCESO ADMINISTRATIVO	915
	1. <i>Principio de brevedad</i>	915
	2. <i>Principio de oralidad</i>	915
	3. <i>El principio de informalidad</i>	916
	4. <i>Principio de publicidad</i>	917
	5. <i>Principio de gratuidad</i>	918
VI.	LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO ORAL	919
	1. <i>Principio de inmediación</i>	920
	2. <i>Principio de concentración y continuidad</i>	921
	3. <i>Principio de contradicción</i>	922
	4. <i>Principio de investigación e impulso de oficio</i>	922
VII.	LAS NECESARIAS REFORMAS DEL ORDEN JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVO	924
	1. <i>La modificación de la organización, de la infraestructura y la dotación de herramientas tecnológicas en los tribunales</i>	924
	2. <i>La formación de los nuevos Jueces</i>	925
	3. <i>La capacitación de los abogados</i>	927
	4. <i>La reforma legal</i>	928
VIII.	CONSIDERACIONES FINALES	929

**§47. LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS PÚBLICOS
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO**

Gustavo Briceño Vivas

I.	INTRODUCCIÓN	931
II.	FORMA DE LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS PÚBLICOS	933

1.	<i>Suspensión de los efectos de los actos legislativos</i>	933
2.	<i>Suspensión de los efectos de los actos judiciales</i>	938
3.	<i>Suspensión de los efectos de los actos administrativos</i>	940
	A. <i>Clases de suspensión de los actos administrativos</i>	941
III.	CARACTERÍSTICAS DE LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS PÚBLICOS	945
IV.	LA CONSECUENCIA DE LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS PÚBLICOS	946

§48. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS RECURSOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS DE ANULACIÓN CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO

Alfredo Romero Mendoza y Yael de Jesús Bello Toro

949

§49. LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Jorge Luis Salomoni

I.	INTRODUCCIÓN	963
II.	SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR	966
	1. <i>Construcción del sistema comunitario</i>	967
	A. <i>Tipos de controversias, actividad jurisdiccional y reglas procesales</i>	967
	B. <i>Definición de Controversia a través de una interpretación integrativa del derecho internacional</i>	968
	C. <i>Marco Jurídico aplicable</i>	969
	D. <i>Principios rectores de la integración</i>	970
	E. <i>No aplicación de la excepción de incumplimiento</i>	972
	2. <i>Impacto del sistema en el derecho administrativo nacional</i>	973
	A. <i>La obligación de incorporación del derecho derivado. El concepto de obligatoriedad para los Estados. Responsabilidad Internacional</i>	973
	B. <i>Naturaleza del Laudo Arbitral: Facultad revocatoria del Tribunal de actos administrativos nacionales ante determinados supuestos</i> ..	974
	C. <i>Nuevos supuestos de la desviación de poder como vicio en la actuación administrativa. La incorporación del principio de moralidad en el procedimiento administrativo</i>	977
III.	LOS TRATADOS BILATERALES DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	980
IV.	CONCLUSIÓN	984

OCTAVA PARTE
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

**§50. COMPETENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN LA
LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

Hildegard Rondón de Sansó

I.	NORMATIVA LEGAL RECTORA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. ORIGEN Y FORMACIÓN	989
	1. <i>Origen y formación</i>	989
	2. <i>El proyecto originario y su motivación</i>	990
	3. <i>El “íter” de formación parlamentaria</i>	990
II.	COMPETENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL	991
	1. <i>La jurisdicción constitucional</i>	991
	2. <i>Enunciación de las competencias de la Sala Constitucional en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia</i>	994
	A. <i>Resolución de conflictos entre las Salas o entre los funcionarios del Tribunal Supremo de Justicia</i>	994
	B. <i>Recurso de revisión contra las sentencias dictadas por las restantes Salas del Tribunal Supremo de Justicia</i>	994
	C. <i>Conocer de las apelaciones y acciones de amparo contra sentencias de amparo, relativas o reclamos sobre derecho de réplica y rectificación</i>	996
	D. <i>Control de la Constitucionalidad de los actos de rango legal de la Asamblea Nacional</i>	1001
	E. <i>Ordinal 7º: Nulidad de las Constituciones y leyes de los entes territoriales menores</i>	1002
	F. <i>Nulidad de leyes delegadas</i>	1002
	G. <i>Ordinal 9: Nulidad de los actos dictados por cualquier órgano del Poder Público que colidan con la Constitución</i>	1004
	H. <i>Ordinal 10º: Verificación de la conformidad de los tratados con la Constitución antes de su ratificación</i>	1004
	I. <i>Ordinal 11º. Control de Decretos sobre estados de excepción</i>	1005
	J. <i>Ordinal 12º. Control de la inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo (Nacional, Estatal y Municipal)</i>	1007
	K. <i>Ordinal 13º. Control de la inconstitucionalidad por omisión de los restantes órganos que ejercen el Poder Público de rango nacional</i>	1007
	L. <i>Ordinal 14º. Resolver las colisiones entre leyes</i>	1008
	LL. <i>Ordinal 15º. Dirimir controversias constitucionales entre órganos del Poder Público</i>	1008
	M. <i>Ordinal 16º. Recurso de revisión de las sentencias de amparo y control difuso</i>	1009
	N. <i>Ordinal 17º: Conocer del carácter orgánico de las leyes así como el de los decretos con fuerza de ley dictados por el Pre-sidente de la República</i>	1009

Ñ. <i>Ordinal 18º. Acción de amparo contra altos funcionarios nacionales en primera y última instancia</i>	1010
O. <i>Ordinal 19º. Apelaciones de las decisiones sobre la acción de amparo autónomo dictadas por tribunales contencioso administrativo</i>	1010
P. <i>Ordinal 20º: Acción autónoma de amparo contra sentencias de los tribunales contencioso administrativos</i>	1011
Q. <i>Ordinal 21º. Solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad con base a lo previsto en el artículo 214 de la Constitución</i>	1011
R. <i>Ordinal 22º. Examinar la constitucionalidad de las normas desaplicadas por otra Sala del Tribunal con base al control difuso</i>	1012
S. <i>Ordinal 23º. Controversia sobre interpretación y ejecución de tratados</i>	1012

§51. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Margarita Escudero León

I. INTRODUCCIÓN	1015
II. ACTUACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL QUE PROMUEVE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	1017
1. <i>Derechos económicos, sociales y culturales</i>	1017
2. <i>Otros derechos fundamentales</i>	1022
III. ACTUACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL QUE LIMITA O RESTRINGE DERECHOS FUNDAMENTALES	1025
IV. CONCLUSIONES	1030

§52. LA INCONSTITUCIONAL PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO DE 2001 DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN VENEZUELA

Alberto Blanco-Urbe Quintero

I. DEL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA LEY O PROCESO LEGISLATIVO	1031
II. PARTICULARIDADES SOBRE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY, COMO ATRIBUTO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, EN CONSEJO DE MINISTROS	1033
III. LA FALTA REAL DE PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO DE 2001	1034
IV. LA EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CASO CONCRETO.	1039
V. CONCLUSIÓN	1051

**§53. LA FACULTAD DE REVISIÓN DE SENTENCIAS DESPUÉS
DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

Jesús M. Casal H.

I.	INTRODUCCIÓN	1053
II.	SITUACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ANTES DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA	1053
III.	IMPLICACIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL	1055
	1. <i>Valoración general de estas implicaciones</i>	1055
	2. <i>Adulteraciones del texto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1056
IV.	LA FACULTAD DE REVISIÓN DE SENTENCIAS DEFINITIVAMENTE FIRMES	1058
	1. <i>Las nuevas pautas normativas</i>	1058
	2. <i>La respuesta de la Sala Constitucional ante la regulación legal</i>	1060
	3. <i>Una posible interpretación del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia</i>	1065
V.	PERSPECTIVAS	1068

