

**revista
de
derecho
publico**

n° 163 - 164

julio

diciembre 2020

 **editorial jurídica venezolana**

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

COMITÉ ASESOR

Asdrúbal **AGUIAR**, José Guillermo **ANDUEZA**, Ana Elvira **ARAÚJO GARCÍA**, José **ARAÚJO JUÁREZ**, Alfredo **ARISMENDI A.**, Carlos **AYALA CORAO**, Eloisa **AVELLANEDA**, Rafael **BADELL MADRID**, Alberto **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Mary **BOVEDA**, Humberto **BRI-CENO**, Jesús **CABALLERO ORTIZ**, Josefina **CALCAÑO DE TEMELTAS**, Román José **DUQUE CORREDOR**, Héctor **FAÚNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Henríque **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Henríque **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Armida **QUINTANA**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LANDAETA**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Nelson **RODRÍGUEZ**, Hildegard **RONDÓN DE SAN-SÓ**, Gabriel **RUAN SANTOS**, Ana María **RUGGERI RODRÍGUEZ**, Magdalena **SALOMÓN DE PADRÓN**, Nelson **SOCORRO**, Gustavo **URDANETA**

CONSEJO CONSULTIVO

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

Revista de Derecho Público Fundación de Derecho Público

Torre América, PH, Av. Venezuela, Bello Monte, Caracas 1050, Venezuela

Email: fundaciondederechopublico@gmail.com.

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

Email: fejb@cantv.net

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

© 1980, FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO/EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

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

Pública ción Trimestral

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

1. Derecho público-Pública ciones periódicas

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

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

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

Portada: Lilly Brewer

Normas para el envío de originales

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

Se solicita atender a las normas siguientes:

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

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

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

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

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

ESTUDIOS

Artículos

- Apuntes sobre el reto del derecho de ser “Administrativo”, Tout Court, acorde con nuestro tiempo*, por José **ARAUJO-JUÁREZ** 9
- Miranda y las revoluciones del mundo moderno: Estados Unidos de América, Francia y América Latina*, por Allan R. **BREWER-CARÍAS** 51
- Bases filosóficas de la Constitución de la Provincia de Mérida de 1811*, por Fortunato **GONZÁLEZ CRUZ** 65
- Entramado jurídico del socialismo del Siglo XXI de la autocracia militar dictatorial venezolana y su sustitución por una institucionalidad democrática sin impunidad y sin venganza*, por Román J. **DUQUE CORREDOR** 85
- La desnaturalización de la Justicia Constitucional en Venezuela. Algunas lecciones para el estudio comparado de la Justicia Constitucional*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 97
- Relectura deconstructivista del Derecho Internacional en el Siglo XXI*, por Asdrúbal **AGUIAR** 115
- El derecho internacional humanitario de la crisis de migrantes y refugiados en Venezuela*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 139
- El concepto de federalismo cooperativo y su influencia en la forma del Estado venezolano*, por Edison Lucio **VARELA CÁCERES** 171

<i>La libertad nunca se alcanza plenamente. Breve crónica comentada de la transición española y de la sesión de investidura del Congreso de los Diputados, el 30 de marzo de 1979</i> , por Carlos Eduardo HERRERA MALDONADO	189
<i>Del derecho a la propiedad y libertad en Venezuela. Del exceso de Estado al Estado totalitario</i> , por José Gregorio SILVA BOCANEY	237
<i>El derecho de acceso a la información pública. Precedente fundamental de un modelo de gobierno abierto</i> , por María Grazia BUTTACI BOSCÁN	251
Comentarios Monográficos	
<i>Efectos del Informe de la Misión internacional independiente sobre violaciones a los derechos humanos en Venezuela en relación con el Estado de derecho y en las elecciones</i> , por Allan R. BREWERCARÍAS	265
<i>La alteración sobrevenida de las reglas de la carga de la prueba en los procedimientos y procesos administrativos mediante el abuso de las iniciativas probatorias judiciales: Una vía para favorecer indebidamente a la administración pública venezolana</i> , por Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ	275
<i>Los principios y valores constitucionales aseguran la vigencia de la constitución y de los derechos humanos</i> , por Cecilia SOSA GÓMEZ	302
<i>Salud y ciudad en perspectiva jurídica. Reflexiones en tiempos de pandemia</i> , por Armando RODRÍGUEZ GARCÍA	309
<i>Evolución del derecho a la defensa en el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa por parte de la Contraloría General de la República</i> , por Freddy J. ORLANDO S.	325
<i>Anotaciones puntuales sobre la contratación pública en tiempos de pandemia, Caso Venezuela</i> , por Cesar A. ESTEVEZ ALVARADO	345
<i>La paralización del órgano permanente de apelación de la organización mundial del comercio</i> , por Samantha SÁNCHEZ MIRALLES	363
<i>Atribuciones de la unidad de arrendamiento comercial y su evolución</i> , por Irma LOVERA DE SOLA	373

<i>Francisco de Miranda: Notas sobre el Legislador olvidado. A 270 años de su natalicio</i> , por Enrique URDANETA FONTIVEROS	383
--	-----

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

<i>Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el Segundo Semestre de 2020</i> , por Gabriel SIRA SANTANA	395
---	-----

Comentarios Legislativos

<i>La “Asamblea Nacional Constituyente” en la Gaceta Oficial de la República (sexta parte)</i> , por Gabriel SIRA SANTANA	417
--	-----

<i>La Gaceta Oficial de la República como fuente de inseguridad jurídica</i> , por Gabriel SIRA SANTANA	423
--	-----

<i>Algunas consecuencias de la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las pretendidas elecciones parlamentarias de diciembre 2020</i> , por Allan R. BREWER-CARIÁS	439
---	-----

<i>El fin de la democracia representativa basada en el sufragio universal, directo y secreto regulado en la Constitución</i> , por Allan R. BREWER-CARIÁS	453
--	-----

<i>Comentarios a la suspensión del pago de cánones arrendaticios de inmuebles para el uso comercial durante los años 2020-2021, Caso Venezuela</i> , por Edgar Darío NÚÑEZ ALCÁNTARA	459
---	-----

<i>Centralización de la parafiscalidad o “raspado de olla”</i> , por Juan Cristóbal CARMONA BORJAS	470
---	-----

<i>El nuevo proyecto de la Ley Orgánica de Hidrocarburos presentado por Comisión Permanente de Energía y Minas en septiembre de 2020</i> , por José Ignacio HERNÁNDEZ G.	473
---	-----

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Semestre de 2020</i> , por Mary RAMOS FERNÁNDEZ	493
--	-----

Comentarios Jurisprudenciales

- Sobre la interpretación judicial vinculante del cuarto párrafo del artículo 317 de la Constitución nacional: inicio de la vigencia de la Ley Tributaria*, por Taormina **CAPPELLO PAREDES** 515
- Consideraciones sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que suspendió la aplicación de las Leyes Estadales y Municipales sobre impuestos*, por Rafael **BADELL MADRID** 546
- El procedimiento para la aplicación de la sanción de prisión en casos de desacato de las sentencias de amparo, establecido como “Interpretación vinculante” por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en 2014 y 2019, en contra de lo establecido en la Ley Orgánica de Amparo*, por Allan R. **BREWERCARÍAS** 558

CRÓNICAS Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cuando el garante de la Constitución se convierte en su mayor enemigo. When the guarantor of the Constitution becomes its greatest enemy*, por Francisco Javier **DÍAZ REVORIO** 569
- Crónica del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo con motivo de su mayoría de edad*, por Víctor Rafael **HERNÁNDEZ-MENDIBLE** 580
- Recensión del libro “Temas Fundamentales de Derecho Público en Hommenaje a Jesús González Pérez,”* Antonio **SILVA ARANGUREN** ... 587

ESTUDIOS

**La *Revista* quiere expresar su agradecimiento especial
al profesor Víctor Hernández-Mendible
por toda su colaboración en la preparación de este número
que marca el *cuarenta aniversario* de la misma.**

Artículos

Apuntes sobre el reto del derecho de ser “Administrativo”, Tout Court, acorde con nuestro tiempo

José Araujo-Juárez**

*Profesor de Postgrado e Investigador Asociado del
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB*

*«No debemos juzgar esta civilización como si no hubiera sufrido nunca eclipses,
tras de los cuales volvió a brillar. Está habituada a las restauraciones,*

“Fluctuat nec mergitur”

M. Hariou ((1927).

*Derecho Público y Constitucional.
Madrid, Ed. Reus, XXXIX.*

Resumen: *Uno de los aspectos de mayor complejidad, ya no solo del Derecho administrativo, sino de cualquier área del Derecho, es la distinción clásica entre la realidad práctica, la metodología aplicativa y académica del Derecho. En esta oportunidad nos centraremos en la aproximación metodológica de análisis y de explicación orientada directamente al análisis de la «conexión» entre, por un lado el sistema del Derecho administrativo, y por el otro, la realidad administrativa o política, tema central de este ensayo: en suma, la presencia y la «aplicación del Derecho administrativo», distinto al académico de elaboración de teorías que permiten comprender y explicar mejor el funcionamiento del sistema normativo de una sociedad en un momento dado.*

Palabras Clave: *Derecho administrativo, conexión, aplicación, transformación del derecho, ciencias sociales.*

Abstract: *One of the most complex aspects, not only of Administrative Law, but of any area of law, is the classic distinction between practical reality, methodology applicative and academic law. In this opportunity we will focus on the methodological analysis and explanation approximation focused directly on the analysis of the "connection" between, on the one hand, the system of Administrative Law, and on the other, the administrative reality or politics, which is the main aim of this essay: in short, the presence and «application of Administrative Law», different from the academic elaboration of theories that allow understanding and better explain the functioning of the regulatory system of a society at any given time.*

Key words: *Administrative law, connection, application, transformation of law, social sciences.*

** Profesor de Postgrado e Investigador Asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, Caracas, Venezuela. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Profesionales en Derecho Público y Administrativo, y de la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. ESTADO Y DERECHO ADMINISTRATIVO
- II. GOBIERNO Y DERECHO ADMINISTRATIVO
- III. PSEUDO-DERECHO «PUERTO» O «IMPUESTO» Y DERECHO ADMINISTRATIVO
- IV. CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO ADMINISTRATIVO
- V. ABOGADO IUSADMINISTRATIVISTA Y DERECHO ADMINISTRATIVO
- VI. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

INTRODUCCIÓN

1.^a Los desafíos del Estado y de la Administración pública –con carácter general– del siglo XXI atraen, cada vez con mayor intensidad, el interés de los estudiosos del campo del Derecho administrativo¹. Por ello no solo resulta positivo reflexionar, con sentido de actualidad, sobre las grandes conceptos, categorías e instituciones del Derecho administrativo desde el prisma o marco de la Constitución (**Cap.1**), y de su vinculación con el Derecho constitucional (**Cap.2**), no porque coincida con un momento en que, una vez más, con una de las recientes severas crisis económica, política, social, sanitaria y ecomedioambiental en todas las latitudes que se ha ido afirmando como un proceso global sino, porque, al margen de esta situación temporal concreta, se impone más que nunca invitar a una reflexión de conjunto, lo que tanto contribuirá a seguir fomentando el análisis desde la perspectiva constitucional o, más propiamente, dentro del marco de la Constitución «administrativa» (**Cap.3**), para ampliar el conocimiento «crítico» del Derecho administrativo acorde con nuestro tiempo.

En este orden de consideraciones hemos de partir, desde luego, afirmando que como todo Derecho, también el Derecho administrativo estará sometido a la evolución histórica, aun cuando lo sea bajo fórmulas distintas a las que rigieron la formación del Estado que, a la vez, ha sido el telón de fondo dentro del cual se han dado los desafíos constantes de los procesos de su transformación, en razón de lo cual debería comprobarse, de tiempo en tiempo, si aún es adecuado a su objeto, lo que parece ser la clave de su gran vitalidad que ha mostrado tener desde sus orígenes en el Derecho administrativo comparado.

2.^a Es en tal sentido que se habla de cambios, tendencias de evolución, crisis, ruptura, transformaciones, etc., y con ello se plantea con carácter general, la «cuestión de una concepción del Derecho administrativo acorde con el tiempo» (E.Schmidt-Assmann²). Y es que hablar de cambios y de reformas es tan antiguo como el Derecho administrativo mismo. Con todo hay tiempos de reforma o ruptura y tiempos de consolidación.

¹ El desarrollo del tema requiere de cierta precisión en torno al concepto preliminar del Derecho administrativo. Ahora bien, en lugar de seleccionar un concepto, de entre los muchos y excelentes que nos ofrecen los Manuales al uso, que no dejaría de tener una carga de subjetividad, apelo por la entrada que recoge el *Diccionario del español jurídico* que nació de la preocupación de la claridad y seguridad del lenguaje jurídico, que dice así: «Rama del derecho que estudia la organización y funcionamiento de las administraciones públicas, sus relaciones con los ciudadanos, así como el sistema normativo que las rige y las garantías jurisdiccionales correspondientes». Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial (2016). *Diccionario del español jurídico* (DEJ). Espasa. Madrid, 2016.

² Schmidt-Assmann, E. «Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns». En DVBl, 1989, 553 y ss. (538). *Cit.* por Schmidt-Assmann, E. *Teoría General del derecho Administrativo como sistema*. INAP-MARCIAL PONS. Madrid, 2003.

La presente etapa que nos ha tocado se singulariza por cambios profundos en la sociedad y en el Estado, y nadie debería permanecer al margen del debate que se suscita.

Así las cosas, paso a una reflexión sobre una de las cosas más olvidadas –quizás por demasiado sabidas–, que determinan la lamentable hostilidad existente desde diversos ángulos, y claramente expresada en las referencias en un tono de acusación difícilmente velado, de un supuesto Derecho administrativo «estatista», «totalitario» o, no sabemos si es peor aún, «en decadencia», y por ende, proponen «eliminarlo»; y de ahí a la «quema» de las pilas de libros solo habrá un paso, lo que de ningún modo puede dar resultados fructuosos; todo ello, es bien cierto, producto del análisis de la «conexión» entre, por un lado el sistema del Derecho administrativo, y por el otro, la realidad administrativa o política, tema central de este ensayo: en suma, la presencia y la «aplicación del Derecho administrativo».

En ese contexto, no se trata de simplificar lo complejo, ni de complicar de manera caprichosa lo simple; el interés de la reflexión proviene de varios órdenes de sustanciales causas, distintas pero que conforman una unidad, con la irrupción de una nueva forma de Estado que se ha dado en denominar «Estado administrativo» (*Verwaltungsstaat*), y puesto de manifiesto por A. Merkl³, que se define como un Estado en el cual el Poder se halla concentrado en los órganos administrativos o desplazado su centro de gravedad de los mismos, haciendo de la actuación administrativa el instrumento primordial de su acción cotidiana. Un Estado en el que desde el punto de vista no solo cuantitativo sino cualitativo, al menos, las organizaciones, las funciones, los medios y los fines de la Administración pública, en general, ha adquirido particular relevancia, y que se debe encuadrar dentro del «marco» de los principios, valores superiores y reglas de la Constitución, en general, y de la Constitución administrativa, en particular, como lo hemos pretendido demostrar a lo largo de la obra que antecede. Así que procedo a ello.

I. ESTADO Y DERECHO ADMINISTRATIVO

3.ª Como lo hemos anunciado, se trata ahora de situarse dentro de un proceso histórico para determinar el estadio al que, en la evolución del Estado contemporáneo, corresponde el modelo de Administración pública en general, o Administración Pública –con mayúscula– que positiva el Art. 141 de la Constitución de 1999, y del sistema del Derecho administrativo. Efectivamente, el Estado se ha ido transformando y ha ido pasando por sucesivas etapas, tales como el Estado policía, el Estado de Derecho, el Estado democrático y, por último, el «Estado democrático y social de Derecho y de Justicia», según proclama el Art. 2 de la Constitución.

El siglo XX fue testigo de importantes y numerosas transformaciones. Cualquiera que sea el ámbito del pensamiento o de la realidad que se analice, de inmediato se observa hasta qué punto la onda de expansión transformadora ha llegado a tocar o a calar fundamentalmente en esta realidad o en aquella otra institución. Por lo que respecta a nuestro tema, interesa recordar que la cualidad sustantiva que caracteriza en sus inicios al Estado contemporáneo es su condición de *Estado «de Derecho»*, el cual comporta las notas esenciales en que la doctrina sistematiza tal condición, y que en todo caso tendría su origen en la protección de la dignidad humana y los demás derechos y libertades individuales, que se constituye en una barrera infranqueable que la persona opone al propio Estado, y ello tanto si se aceptan las teorías del contrato social como las limitaciones del Estado por un derecho superior.

³ Morstein Marx, F. “La naturaleza del Estado administrativo”. En DA, núm. 117. Madrid, 1967, 35 y 36.

De ahí que no todo Estado es un Estado de Derecho, sino que éste es el Estado cuyo Derecho dota de una específica estructura y contenido a una comunidad política (L. Legaz y Lacambra⁴).

De ahí que el Estado de Derecho no responde sólo al principio de la subordinación del Estado al Derecho, sino que se asienta en otros presupuestos fundamentales que nuestra Constitución sistematiza así: 1ro., la aceptación constitucional del principio de la dignidad humana y de la correlativa necesidad de garantizar jurídicamente los derechos y libertades fundamentales del ser humano; 2do., la división del poder público entre titulares diversos, conforme a un criterio de distribución que es primariamente jurídico; y 3ro., el sometimiento del poder público a Derecho, a través del reconocimiento de determinados principios jurídicos, entre los que sobresalen el principio de legalidad o de juridicidad, el principio de responsabilidad y el correlativo principio de control jurisdiccional universal.

Así, pues, siempre en el Derecho administrativo, legalidad quiere decir tanto que la Administración Pública está condicionada por la ley, como que está delimitada por la ley. Como advirtiera con perspicacia G. Zagrebelsky⁵, la primera idea surgió en los gobiernos asamblearios, en los que la falta de leyes de atribución de poderes provocara que la Administración pública no tuviera la posibilidad de actuar; la segunda en las Constituciones francesas de la Restauración y, en Alemania, donde la falta de leyes entrañaba la posibilidad de que la Administración pública actuara libremente para fines propios.

4.ª A partir de la Revolución Francesa se hubo planteado y se consagraron normativamente ciertas demandas de la sociedad, encaminadas a la modificación de las condiciones de vida de los grupos más débiles o desfavorecidos. Posteriormente, en el transcurso de los siglos XIX y XX, y debido a distintas causas –perspectivas demográficas, políticas, financieras públicas, etc.–, el contenido de las demandas fueron cambiando al tiempo que se iban incrementando. En todo caso tuvieron siempre como destinatario principal al Estado, buscando inicialmente que éste otorgara directamente las prestaciones, o bien después que al menos regulara los fenómenos vinculados con ellas, lográndose que las Constituciones recogieran tales exigencias en normas de distinto tipo (preámbulos, declaraciones, principios de acción, derechos, garantías, etc.), tendentes a garantizar su cumplimiento, recibiendo los Estados sucesivamente diversas denominaciones, y principalmente, Estado «del bienestar» (benefactor) y Estado «social», los cuales no son conceptos idénticos y las crisis de uno y otro modelo tienen tiempos y contenidos diversos.

Lo cierto es que el fenómeno de transformación se ha producido y, como tal, la irrupción de una profusa legislación y un conjunto de actividades estatales de signo intervencionista, desplazó su centro de gravedad, que van desde las sociales hasta las industriales que el Estado ha entendido que debería asumir, en esa labor fundamental de allegar el bienestar a todas y cada una de las personas tiene que ser logrado y, entonces, el Estado «salta» de policía necesario a Estado «del bienestar», e irrumpe como sujeto activo dentro de la vida socio-económica, en un marco en el que van a adquirir relevancia las distintas formas de la actividad administrativa, por un lado, y al ámbito de la contratación administrativa o pública, por el otro, como forma típica relevante de aquella –*Derecho de la actividad administrativa*–.

En definitiva, se fue alejando la concepción del Estado clásico cuya finalidad exclusiva era el Derecho. Pero también, es innegable, el tipo o modelo constitucional de Estado de Derecho ha cumplido una misión histórica y ha dejado en nuestra sociedad un fruto perdura-

⁴ Legaz y Lacambra, L. "El Estado de Derecho". En *RAP*, núm. 6, 1951, 15.

⁵ Zagrebelsky, G. *Il diritto mite*. Einaudi, Torino, 1992, 29.

ble hasta nuestros días: la concepción de un Estado sometido a la legalidad, informada por un principio de juridicidad y de garantía de respeto y protección al derecho a la dignidad y los demás derechos y libertades individuales y sociales.

5.^a De manera más contemporánea, con el advenimiento de la idea de «fomento» –principio de reentronque con la vieja Cameralística alemana de la policía «de la prosperidad»– (L. Jordana de Pozas⁶), se da un paso positivo hacia el enraizamiento del Derecho administrativo con la realidad socioeconómica, pues la Administración pública como núcleo identificador de este Derecho, empieza a perder su carácter reducido al papel de vigilante «neutral» –o vigilante «nocturno» según la expresión de F. Lassalle– de lo que las personas –la sociedad– hace o deja de hacer –«*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*»–, para asumir el papel de agente activo en favor o en contra de ciertas actividades o intereses que considera beneficiosos o perjudiciales para la sociedad.

Así, a la concepción del Estado como «productor de seguridad» entra en la vida socioeconómica, al asumir como propia la producción y comercialización de ciertos bienes y servicios, asumiendo la titularidad de los medios de producción así destinados, y comienza a ejercer una influencia decisiva en el mercado, lo que supone el reconocimiento, con mayor o menor conformidad, de su existencia. La finalidad de esta decisión estatal es siempre política, y así el Estado comienza a impregnar las más diversas manifestaciones de la vida de las personas. Le acompaña –como enseñan los administrativistas clásicos con la idea de la omnipresencia– desde la cuna hasta el sepulcro, desde registrar la entrada del individuo en la sociedad hasta dar fe de su desaparición de ella, lo cual si ya era verdad al comienzo siglo XX, fácil es entonces deducir lo que ocurre al final del mencionado siglo.

La incorporación a la actividad administrativa de contenidos sociales, de positivas tareas de prestación de bienes y servicios a la sociedad, constituyó una empresa encomiable del Estado y de su Administración pública en el siglo XX. Al Estado de Derecho clásico que perseguía la legalidad y seguridad jurídica, vino así a sumarse la figura de los servicios públicos –*Derecho de los servicios públicos*–, ideada para justificar la «intervención» en sus diferentes niveles –y que además se impuso durante el siglo XIX como un criterio del Derecho administrativo–, que junto a la prestación –y luego la garantía de prestación– de los mismos asume, también, la gestión económica directa mediante la dación de bienes a la sociedad –*Estado «gestor»*–. Así, la nueva dimensión entre las nuevas tareas a cargo del Estado y los cambios producidos trata, no sin dificultad, de conciliar la juridificación del principio «de socialidad» en términos de prevención, control y aseguramiento, frente a los crecientes riesgos generados por la propia evolución del sistema económico-social (L. Parejo Alfonso⁷), con el anterior Estado de Derecho, definido desde entonces como Estado «social de Derecho».

6.^a En mérito a lo anterior, debemos partir del hecho que si pensamos que la época del abstencionismo del Estado ha pasado definitivamente, y que la Administración pública considerada en su sentido amplio, no se agota en un conjunto de actividades organizativas o de relaciones jurídicas pues, durante el siglo XX, el Estado administrativo progresivamente hizo suyas infinidad de «tareas estatales administrativizadas». Y es que transcurre el tiempo, y la expansión de los fines del Estado fue haciendo más vasta y compleja a la Administración pública, en cuyo cuestionamiento se destaca la dimensión de «amenaza» o «peligro» de la expansión de lo público y de su gestión.

⁶ Jordana de Pozas, L. “Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho administrativo”. En *REP*, núm. 48. IEP, Madrid, 1949, 47.

⁷ Parejo Alfonso, L. “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos”. En *RAP*, núm. 153, 2000, 219.

La consecuencia de todo lo anterior viene a ser, la gran transformación de la estructura misma del Estado y de la Administración pública, a partir de la cual las «reformas administrativas» sobre la idea de su refundación, se tornan una constante durante todo el siglo XX, y que continúa en lo que ya va del siglo XXI. Pero también es cierto, donde resulta penoso pero explicable por su propia naturaleza, advertir que dentro de las vicisitudes se encuentra el carácter perecedero de tales reformas administrativas que, a partir de la década de los 80 han ido desde la especial atención que se le concede a los principios «de descentralización» y «de regionalización», pasando por el fenómeno de privatización y desregulación registrado a escala mundial, y de las formas de organización administrativa en un contexto de «huida» hacia el Derecho privado, hasta llegar al espacio más significativo que se le concede a las denominadas «autoridades administrativas independientes» –*Derecho de la organización administrativa*–.

La constatación no es ociosa, pues sirve para ponerse en guardia contra la ilusión de poder encontrar de manera simplista fórmulas resolutorias de las reformas administrativas, más o menos mágicas; sirve, además, para evitar el riesgo de creer que si estos problemas están abiertos todavía hoy, ello debe imputarse sólo a la inercia o a la escasa fantasía y límites de la doctrina del Derecho público o administrativo. Aquí se encuentra el significado profundo de la «continuidad» del proceso de reforma administrativa, subsiguiente a la constante evolución de la realidad social y política. No es que aquellos problemas se planteen, porque no se les ha dado solución definitiva: cada momento, cada coyuntura política, cada gobierno ha propuesto sus soluciones y hecho su elección, para bien o para mal. Si están aún planteados es porque, en principio, problemas de este género no se concluyen nunca, sino que se plantean y se resuelven día a día, en el continuo transcurrir de los equilibrios entre las fuerzas políticas y sociales. A temas de esta naturaleza no se da nunca una solución definitiva, ya que cada solución, apenas adoptada, resulta en seguida puesta de nuevo en discusión por la evolución de las condiciones históricas, económicas, políticas y sociales concretas de cada sociedad.

7.^a Como resultado de lo anterior, la «ejecución» de los fines del Estado ha postulado una compleja maquinaria o un aparato político-administrativo, también en sus aspectos dimensionales y estructurales de los Estados modernos, hasta llegar a tener el tamaño inmenso –hipertrofia burocrática– que presenta en nuestros días, lo que hace, a su vez, que el mayor núcleo de lo que hoy hace el Estado tiene naturaleza de «ejecución» administrativa». El obrar de la Administración pública reviste así una significativa importancia, a la luz misma del éxito o del fracaso de la nueva profesión de fe liberal persistente de la existencia de un gobierno «efectivo» y, con ello, la suerte que corre el bienestar de cada persona. Que sigue siendo uno de los grandes temas políticos de nuestro tiempo.

La Administración pública será, así, una respuesta operativa frente a un conjunto de necesidades colectivas perentorias urgiendo su satisfacción (fines de interés general). Por tanto, dos cosas, si no opuestas, sí por lo menos distintas y con posibilidades variables de concordancia o desajuste. Mientras el Estado practicó el abstencionismo impuesto por la dogmática liberal burguesa, la cuestión no tuvo mayor importancia, pero la alcanzó, y en grado formidable, cuando el incipiente movimiento político de socialización impulsado por el desarrollo tecnológico –revolución industrial– trajo, como primer efecto, el extremo opuesto, el exacerbado «intervencionismo» estatal, con la consiguiente irrupción de la Administración pública en la vida económica, y no sólo política y social, de la sociedad.

8.^a Ahora, dado que en el proceso histórico de creación y consolidación del Estado moderno y contemporáneo, tanto éste como la Administración pública han sufrido profundas transformaciones, hay que abordar un tema crucial como lo es, el que siendo resultado de la impresionante tarea que ha asumido la Administración pública, ha terminado por convertirlo en el centro regulador de la convivencia social, el verdadero gerente del denominado bien común, del interés general o, en términos jurídicos, del «interés público».

Así las cosas, las decisiones del Estado van a condicionar fuertemente la vida social, y ello hace que se planteen con frecuencia como decisiones conflictivas entre la sociedad y el Estado. Justamente por ello, se hizo urgente la ampliación de los cauces para una mayor presencia activa de la sociedad, en la génesis de las decisiones estatales y en los procesos de preparación, estudio y ejecución que lleva el Estado a todos los niveles. Es conjurar el peligro que ya advertían en Francia⁸, con la denuncia de que el Estado se hace cargo, centraliza y asume las tareas de tal manera que los ciudadanos, con expresivas palabras no dicen «el Estado somos nosotros», sino el Estado «son ellos», refiriéndose a los funcionarios que pretenden formar una nación dentro de la Nación.

9.^a Ahora bien, en la siguiente transformación del Estado social de Derecho, se consolidó la idea según la cual la actividad de la Administración pública tendría que estar subordinada a la ley. Frente a este estado de cosas, surge también la necesidad del progresivo acercamiento y mutua compenetración entre la sociedad y la Administración pública, con una auténtica, efectiva y real garantía de «participación ciudadana» en la gestión pública, que se ha de producir, no solo al nivel de pequeñas unidades periféricas sino al más alto nivel administrativo, pues de otro modo resultarían altamente ineficaces, caciquiles o corrompidos⁹. El principio «democrático», surgido para perfeccionar el Estado social de Derecho, cumpliría esa función.

En tal sentido, otro de los temas centrales y más actuales en materia del Derecho administrativo seguirá siendo, por sus implicaciones con la exigencia de perfeccionamiento en la concretización del principio de Estado social de Derecho, en un marco en el que, además de afirmar el valor matricial del principio «de participación» cívica o ciudadana, cabe destacar el que las preocupaciones por el tema de la «procedimentalización» de la actividad administrativa adquieren siempre un nuevo impulso, y esto en la perspectiva de que el «procedimiento administrativo» forma un espacio abierto de encuentro de las Administraciones Públicas entre sí, y estas con las personas, a las que inicialmente se les dio el concepto ambiguo y discutido de administrados, y hoy de ciudadanía activa y co-responsable.

10.^a Sin embargo, esas preocupaciones van acompañadas de la prosecución del interés público, del respeto y protección de los derechos e intereses –incluido los colectivos– de las personas, de la legalidad, de la igualdad, de la defensa, de la imparcialidad, de la proporcionalidad, de la buena fe, de la tutela de la confianza legítima, y un gran etc., temas éstos que reclaman en el momento presente más atención y más labor legislativa y doctrinal que cualquier otra, al punto que en las grandes ideas o pensamientos que vertebran las tendencias de evolución del sistema de Derecho administrativo termina siempre por serle referida de un modo decisivo –*Derecho administrativo de las garantías*–.

En efecto, la transformación en el plano del Derecho administrativo se impone también en el ámbito de las garantías jurídicas de las personas frente a la Administración pública, representando estas garantías un dato fundamental del régimen del relacionamiento jurídico que puede ser desencadenado por acción del Estado administrativo. El Derecho de la actividad administrativa y el Derecho administrativo de las garantías de las personas representan, el anverso y reverso del sistema del Derecho administrativo, y el primero no puede ser desligado del segundo, de tal modo que casi se vuelve desnaturalizado e incomprensible, hoy, el régimen de la actividad administrativa si apareciese desvinculado del régimen de las garan-

⁸ VV. AA. *Pour nationaliser l'Etat*. «*Reflexion d'un groupe d'études*». Paris Seuil. 1968.

⁹ Myrdal Gunnar, K. *El Estado del Futuro*, trad. de Florentino M. Torner. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1961.

tías jurídicas de las personas y, también, así, del régimen de control público –máxime, externo o jurisdiccional– de la Administración pública, aspecto éste último sobre el cual volveremos más adelante.

Por otro lado, en el Estado social de Derecho según la doctrina alemana, la actividad de información al público lo constituye tanto el derecho como el deber del Estado de informar acerca de sus actividades y sus objetivos políticos, los cuales van a introducir la contraloría «cívica» o social. En lo esencial, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en buscar en el principio democrático un fundamento constitucional para el derecho-deber –*Pflichtrecht*–, figura típica cuando se trata de funciones, de la actividad administrativa informativa. Y así el principio democrático también viene a integrar el círculo de los principios de la soberanía popular y del gobierno representativo, que se concilia igualmente con el anterior Estado social de Derecho, definido desde entonces como un Estado «democrático y social de Derecho».

11.^a Por último, la producción del Derecho implica que ciertos sujetos que ejercen el poder público están investidos de autoridad, que se traduce en que sus declaraciones o manifestaciones de voluntad dentro de un ámbito tasado de competencia, se sitúan frente a los demás sujetos como imperativas y se connotan con todos los atributos de su validez y, por ende, de su exigibilidad y eficacia, del Derecho.

Frente a este preciso planteamiento del sistema lógico para la producción válida del Ordenamiento jurídico o sistema normativo, la «aplicación» o «ejecución administrativa» muestra que el acto estatal producido sin título alguno o mediante título desprovisto de validez, al efecto, o en general, no conforme a Derecho, será una conducta «antijurídica». La antijuridicidad implica, a su vez, una infracción a la que se conecta una doble función preventiva y sancionatoria-restitutoria. De ahí que las situaciones de antijuridicidad en general, y la administrativa en particular son, por tanto, el resultado de una relación de contradicción o disconformidad entre el acto o hecho y el Ordenamiento jurídico o el (sub)sistema normativo administrativo considerado como un todo coherente y sistemático. Por tanto, como el principio de juridicidad puede ser excedido por el Estado y, específicamente, a través del Poder ejecutivo –Gobierno y Administración pública–, es natural que se prevean los medios o garantías jurídicas para que en tales casos pueda ser restablecido, asegurando su supremacía.

Es indudable, en este sentido, que la última y más importante garantía radica en el control jurisdiccional por los órganos que integran el Poder judicial, con competencia en esa materia, ya sea general, ya sea especial, mediante el sistema de Justicia constitucional, o de la Justicia administrativa comúnmente denominado «contencioso-administrativo» –*Derecho procesal administrativo*–, que junto al sistema del Derecho administrativo, han sido instrumentos para asegurar la sumisión plenaria del Gobierno y de la Administración pública al principio de juridicidad, en medio de la persistente lucha histórica para controlar el poder y frente a las pretendidas inmunidades del poder (E. García de Enterría¹⁰). En este punto, se observa, la reconsideración de la Jurisdicción contencioso administrativa representa una de las grandes exigencias de la reforma, siendo por otra parte de obligada referencia sobre este aspecto que se atraviesa en este preciso momento, una fase de la más amplia discusión pública sobre la impostergable reforma integral del Sistema de Justicia.

12.^a En este orden de idea es sabido que, en sus orígenes, la inmunidad inicial de los funcionarios en Francia hubo canalizado el Derecho administrativo hacia el «acto administrativo», e impulsó más tarde el reconocimiento de la responsabilidad del Estado. En efecto, el

¹⁰ García de Enterría, E. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 3ª edición. Cuadernos Civitas, 22. Madrid, 1983.

control de la jurisdicción administrativa fue pensado y se desarrolló en función del acto administrativo que se convirtió así, tempranamente, en el eje del Derecho administrativo, con un rol central análogo al que ocupa la teoría del acto jurídico en el Derecho privado. Y precisamente por ser así, es por lo que el control jurisdiccional se reveló desde muy temprano insuficiente para proporcionar la adecuada tutela en situaciones cada vez más corrientes, en que el Estado no recurre a un acto administrativo propiamente dicho, sino a hechos sin las características propias de aquél, o simplemente a actos de distinta naturaleza como el acto de gobierno.

En el Derecho administrativo francés, el problema encontró una primera solución con la teoría jurisprudencial de la teoría de la «vía de hecho», luego ampliamente asumida por la doctrina como es costumbre, y exportada también a otros países que han estado bajo el radio de su influencia como Iberoamérica. Se desprende asimismo que, aun no existiendo acto administrativo, se garantizará una tutela jurisdiccional efectiva de las situaciones privadas, particularmente útil en el caso de daños causados, por ejemplo, el funcionamiento de los servicios públicos, que también las personas podrían demandar a la Administración pública por la denominada responsabilidad civil extra-contractual, o más propiamente, la teoría de la responsabilidad «patrimonial de la Administración pública» –*Derecho de la responsabilidad administrativa*–.

Por tanto, el Derecho (que puede coincidir o no con la ley, como distingue la propia Constitución), vincula plenamente a la Administración pública y al Gobierno, esto es, se configura como una Administración pública y un Gobierno que actúan con sometimiento pleno a la ley y al Derecho y, por ello, al control integral y universal del Poder judicial y esto, en definitiva, es verdaderamente la consagración del «Estado de Justicia».

Así las cosas, hablar del Estado de Justicia no implica que el principio de Estado de Derecho se deba olvidar. En realidad el Estado de Justicia no anula el Estado de Derecho, sino que lo complementa (J. Araujo-Juárez¹¹). Por tanto, el Estado contemporáneo es también Estado de Justicia, de modo que se concilia con el anterior Estado democrático y social de Derecho, y así se cierra el círculo del modelo jurídico-político para quedar fundidos con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, como un Estado «democrático y social de Derecho y de Justicia», como si todo sucediera como en el mejor de los mundos jurídicos. Las cosas, sin embargo, no son tan sencillas, como veremos de seguidas.

II. GOBIERNO Y DERECHO ADMINISTRATIVO

13.^a Ampliada la esfera de los fines del Estado como garante del orden público y jurídico interior y de la paz exterior, con la asunción de nuevos cometidos que abarcan desde el campo de la salud hasta el de la economía, desde la ayuda al indigente hasta la realización de una política total de bienestar social, de ello resulta que la complejidad de las relaciones entre el Estado y las personas constituye un continuo intercambio rico en consecuencias. Por eso mismo, Administración pública y Gobierno no aparecen divorciados.

La Administración pública es el Estado mismo en acción: la acción vital del Estado, pues la Administración pública es el instrumento en manos del Gobierno, en principio, para ejecutar en obras los ideales y los planes o programas políticos. De ahí que el Gobierno cuenta e influye de manera específica y constante en las diversas fases en que formalmente se

¹¹ Araujo-Juárez, J. *Derecho Administrativo Constitucional*. CIDEP-EJV, Caracas, 2017, 289; y Araujo-Juárez, J. *Derecho Administrativo Constitucional*. Ediciones Olejnik. Santiago de Chile, 2020.

divide el proceso de formación, decisión y puesta en ejecución de las «políticas públicas», mediante la adopción de diversos instrumentos o mecanismos de dirección política tales como los programas, planes o directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración pública.

En efecto, la oposición entre sociedad y Estado, típica del pensamiento constitucional germánico, de honda influencia en toda Europa, se va a traducir en la separación de dos ámbitos. Uno, el perteneciente al mundo del Derecho y sometido, por tanto, a la norma y al control jurisdiccional, que comprendería las relaciones entre los ciudadanos, y entre el Estado y el ciudadano como tal; el otro, perteneciente al ámbito del Gobierno, que englobaría la organización del poder y las relaciones de sujeción especial. Este último ámbito aparecía personificado en la organización del Poder ejecutivo, máximo exponente de la acción «política» en la monarquía constitucional. La acción de gobierno era acción política, no sujeta por tanto al Derecho. Lógicamente, la expansión de las garantías jurídicas del ciudadano, y la realización plena del Estado de Derecho, implicaban la reducción de ese ámbito libre de acción política, e incluso hoy día la desaparición de cualquier ámbito de una «reserva» libre de control jurisdiccional.

Ahora bien, la división tradicional de poderes, que tiene esencialmente una dimensión orgánica, esto es, se traduce en la presencia de tres complejos orgánicos –poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial– se ha podido interpretar también desde una perspectiva funcional, reduciendo las funciones del Estado a legislación, ejecución y jurisdicción y, consiguientemente, subordinando las dos últimas a los resultados de la primera. Esta posición, que se expresa en algunos de los primeros textos constitucionales, se mostró pronto como eminentemente insatisfactoria, ante los datos de la vida política real. Reducir a tres las funciones del Estado, suponía dejar fuera de la clasificación tareas como las de control o arbitraje, y la doctrina constitucional fue pronto consciente de ello. Pero suponía también el olvido de una función tradicionalmente conocida por los tratadistas de la Política, y que se configuraba en forma muy distinta dentro del Poder ejecutivo: el Gobierno y la función «de gobierno», que versa sobre la orientación y dirección general de la comunidad política, la fijación de objetivos y metas, y por último, la superación de las situaciones de crisis que exigían una acción inmediata.

14.^a En este orden de ideas, hay que hacer una verificación preliminar: aunque la distinción Gobierno-Administración pública existe, ella se produce en el seno de una unidad superior, como es el Poder ejecutivo. La Administración pública –la Administración del Estado, en concreto– es poder público y, precisamente, Poder ejecutivo. Por más que la Constitución haga referencia a la división de poderes, en general, y al Poder ejecutivo, en particular como por ejemplo, en el Art. 225 de la Constitución, es evidente, desde un punto de vista sistemático, que Gobierno y Administración pública conforman un *continuum* unitario, en la medida en que el primero dirige la segunda –Art. 226 de la Constitución–. Por su parte, el Gobierno como órgano constitucional, será también un sujeto de acciones y titular de competencias dentro del marco de la Constitución, es decir, los aspectos integrantes de la función «de dirección política».

Así las cosas, la aparición del Gobierno como órgano constitucional e inmediato del Estado ha destruido el sustrato de la tradicional concepción homogénea del Poder ejecutivo, y ha forzado a distinguir, dentro de este último, dos estratos o niveles –Gobierno y Administración pública–, con la consiguiente necesidad de interrogarse sobre las coincidencias y divergencias de régimen jurídico existentes entre ambos, como cuestión previa al análisis de la «conexión» o vinculación entre, por un lado el Derecho administrativo, y por el otro, la realidad administrativa o política, tema sobre el cual volveremos más tarde.

No es ésta, como resulta obvio, la sede apropiada para examinar en profundidad el complejo problema de la diferencia y las relaciones entre Gobierno y Administración pública; pero sí conviene poner de relieve algunos aspectos de esta dicotomía que arrojen luz sobre la naturaleza de las competencias encomendadas al Gobierno y, en consecuencia, ayuden a dilucidar qué tipo de órgano es éste. Con frecuencia ambas instituciones son tratadas de forma separada, tanto desde el plano científico como desde el político (la especialidad no es sólo asunto académico), pero hoy resulta más fácil, aun cuando no sea realmente habitual, advertir las evidentes conexiones que existen entre ellas.

En efecto, como señala L.M. Díez-Picazo¹², las competencias gubernamentales en cuestión han de calificarse, desde este mismo momento, como competencias constitucionales y al Gobierno, en cuanto titular de las mismas, como órgano constitucional «inmediato» *–ope constitutionis* en el sentido de G. Jellinek¹³, esto es, de órgano estatal que es creado directamente por la Constitución, a diferencia de aquellos otros que son instituidos por normas subconstitucionales, a los cuales se denomina «mediatos». Se trata de competencias gubernamentales que: 1ro., no cabe asimilar desde el punto de vista estructural y funcional a las competencias propias de la Administración pública; 2do., las competencias de esta índole inciden sobre la organización o funcionamiento constitucionales, es decir, afectan a la generalidad de los ciudadanos, por ejemplo, cuando se suspenden determinadas garantías en el estado de alarma (A.R. Brewer-Carías¹⁴), o bien a órganos del Estado ajenos al Poder ejecutivo (la declaratoria de disolución de la Asamblea Nacional), e, incluso, a otros órganos públicos (concesión de indultos); y por último, 3ro., el otro elemento definitorio según Díez-Picazo¹⁵, es que se trata de competencias inspiradas por un *telos* específicamente «político».

15.^a En concordancia con esta perspectiva de aproximación a la institución del Gobierno, y ante la exigencia de superar la dispersión de las responsabilidades decisionales que tiende a identificar centros de poder, debemos mencionar que tanto el Gobierno como la Administración pública deben ser objeto de una estatuto básico, donde la regulación se habría de producir en sede de legislación, cuyo objeto debería ser una regulación más acabada en cuanto se trata de precisar y desarrollar las previsiones concretas de su organización, competencia y funcionamiento, y por consiguiente, donde se debería formalizar el deslinde y, por tanto, la diferenciación entre ambas instituciones constitucionales.

En nuestro país, la única novedad formal es que sólo la Administración Pública –con mayúscula según la Constitución– ha sido objeto de regulación mediante la ley orgánica respectiva¹⁶, mientras que el Gobierno se caracteriza por la orfandad o nulidad de regulación. A diferencia de la Administración Pública y por sus propias características funcionales, el Gobierno carece en la Constitución de una normación directa mínimamente precisa –únicamente existen unas disposiciones generales en el texto que regula a la Administración Pública–, circunstancia que se acentúa aún más si cabe, por razones obvias, en el caso de la Admi-

¹² Díez-Picazo, L.M. “La estructura del Gobierno en el Derecho español”. En DA, núm. 215, 1988, 45.

¹³ Jellinek, G. *Teoría general del Estado* (trad. esp.). Buenos Aires, 1978, 412 y 421.

¹⁴ Brewer-Carías, A. “El decreto del Estado de alarma con ocasión de la pandemia del coronavirus: inconstitucional, mal concebido, mal redactado y bien inefectivo”. 2020. Leído en original.

¹⁵ Díez-Picazo, L.M., *Ob. cit.*, nota 1050,46.

¹⁶ Publicada en GO N° 37.305 del 17-10-2001, luego reformada mediante Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública publicada en GO N° 5.890 Extr. del 31-07-2008, y por último reformada mediante Decreto N° 1.424 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública publicada en GO N° 6.147 Extr. del 17-11-2014.

nistración Pública dependiente de aquél. Más allá de la cuestión de la regulación conjunta o separada, lo que no parece discutible es la necesidad misma y el carácter ya inaplazable de esa regulación.

Ahora bien, señala F. Villar García-Moreno¹⁷, esta básica distinción no quiere decir separación absoluta. Para empezar, y desde la óptica constitucional, Gobierno y Administración pública, aparecen como dos realidades estrechamente unidas entre sí, como dos complejos orgánicos que tienen asignada constitucionalmente «en mano común» la función ejecutiva (L. Parejo Alfonso¹⁸), en tanto que piezas complementarias del Poder ejecutivo. En el cumplimiento de su función ejecutiva, al Gobierno le corresponde la actividad directiva, y a la Administración pública la actividad así dirigida, o ejecución, en su variante «ejecución administrativa». Ahora bien, que existan puntos de contacto no puede hacernos caer en la tentación de confundir, como ha venido sucediendo últimamente entre nosotros, una y otra realidad. Y es que el Gobierno posee una dimensión político-constitucional singular que no resulta identificable, sin más ni enteramente con la propia y característica de la Administración pública.

16.^a Ahora bien, presupuesto lo anterior, es necesario ahora abordar, aunque sea muy esquemáticamente, la temática de la relación entre Gobierno y Administración pública en el contexto del Derecho administrativo y dar cuenta de problemas, todavía abiertos, que obstaculizan el tratamiento de los efectos, esto es, la ejecución o la realidad administrativa y la Política. Por tal razón, recuperar y afirmar esa diversidad, entre Gobierno y Administración pública, con paralelo reconocimiento de su imbricación, constituye así otra de las razones de ser de este ensayo.

En efecto, enfrentarse, a la altura de los tiempos que corren, con un tema como el que vamos a desarrollar, como lo es la presencia y la «aplicación del Derecho administrativo» que, por fuerza, ha de ser sucinto, no ha de resultar ni sorprendente, ni inexplicable por eso mismo, en gastar energía en ponderar la importancia objetiva que posee la cuestión de distinguir claramente entre Gobierno y Administración pública, a los que considera distintos y perfectamente diferenciables, lo cual supone interrogarse por el papel que debe asignarse al Gobierno en el esquema organizacional dentro del Estado constitucional de Derecho, lo cual puede ser abordado desde la perspectiva del «ser» –o de la «realidad administrativa» o de la «realidad política»–, como la del «deber ser» –o de la búsqueda del modelo más perfecto–.

Es obvio que este ensayo, que no pretende ser sino la reflexión introductoria sobre el contenido que aquella posee, no puede, ni de lejos, abarcar todas esas perspectivas, sino solo una más modesta, dar respuesta a la perplejidad que suscita para el autor, el planteamiento sobre el supuesto influjo pernicioso que esa realidad administrativa o política proyectaría sobre el Derecho administrativo y, viceversa, el que supuestamente proyectaría un Derecho al que se califica de «administrativo», sobre tal realidad administrativa o política.

17.^a Esta es la razón, por la que en el centro de nuestras consideraciones dedicadas a la Administración pública y su actividad, y al Derecho administrativo que la estudia, encontramos que a la dimensión jurídica del Poder ejecutivo, viene a unirse una dimensión política, y con ello una decisión constitucional en favor de una auténtica reserva del Gobierno: el aspecto referido a las tareas o funciones de «dirección política» del Poder Ejecutivo por órgano del Presidente de la República, en tanto que «dirige la acción del Gobierno» de acuerdo con los

¹⁷ Villar García-Moreno, F. (1996-1997). “Presentación”. En DA, núm. 246 y 247.

¹⁸ Parejo Alfonso, L. “La regulación del Gobierno y la Administración: continuidad y discontinuidad en la política de política de desarrollo constitucional en la materia”. En DA, núm. 246-247, 1996, 13 y 49.

Arts. 226 y 236, núm... 2 de la Constitución, por oposición a las funciones de «dirección administrativa», que es el conjunto de competencias adjudicadas al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo y a los ministros y otros altos funcionarios como órganos de nivel superior de dirección de la Administración Pública, según los Arts. 238, 239, núm. 2 y 242 de la C, en concordancia con el Art. 44 de la LOAP.

Así las cosas, se ha hecho patente la necesidad de una acción directiva consciente y continua de las funciones estatales, incluida la actividad administrativa, lo cual ha puesto abundantemente en valor la importancia de la función «de dirección gubernamental» –*Staatsleitung* en la doctrina alemana, e *indirizzo politico* en la italiana–, y que en los análisis que se hagan de la «aplicación del Derecho administrativo» no pueden, ni suprimirse, ni ignorarse, sus consecuencias jurídicas.

La función de dirección política o gubernamental aparece, pues, asociada a la función de gobierno y atribuida, lógicamente, al órgano constitucional: el Gobierno. Y, al menos, parece que la función de dirección política implica una capacidad de impulso originario, de creación, que se atribuye a un órgano y no a otros, y que puede calificarse de función política en cuanto innovadora y creadora y no meramente ejecutora de mandatos de otros. Precisamente, el Art. 226 de la Constitución, al expresar que el Presidente de la República, en cuanto Jefe del Estado, viene a contraponer la función directiva gubernamental («... en cuya condición dirige la acción del Gobierno»), y que reitera el Art. 236, núm. 2 *eiusdem* («Dirigir la acción de Gobierno»), a la función administrativa del Art. 236, núm. 20 *eiusdem* («Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional ...»), conforme «a las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes estratégicos», según el Art. 18 de la LOAP.

Así las cosas, sostiene Parejo Alfonso¹⁹, la «función administrativa» (actividad típica de la Administración pública) es siempre y sólo función ejecutiva, pero en una precisa manifestación de ésta calificable como «ejecución administrativa», en cuanto que definida como al «servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades», según el Art. 5 de la LOAP, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, es decir, actuación sistemática para la realización de aquél fin conforme a la programación legal correspondiente. Por eso mismo, es siempre una actividad administrativa «dirigida», cabalmente por el Gobierno. Por el contrario, si descendemos del plano abstracto y general del Poder político en la plenitud de sus manifestaciones a un plano más estricto y limitado, es decir, hallamos en él a la acción o función política, caracterizada por ser acciones, espontáneas, originarias y autónomas (P. Gasparri²⁰).

18.ª Ahora bien, un primer aspecto a tener en cuenta es que la exposición pormenorizada del ámbito de las funciones constitucionalmente «reservadas» al Gobierno, la delimitación de sus dimensiones ejecutiva o directiva, y la precisión del alcance de esta última supondría, ciertamente, un estudio de extensión muy superior al que aquí se pretende, pues su contenido incluye actividades formal y materialmente muy heterogéneas y, en forma más genérica (dentro de esta dimensión directiva), la función «de dirección política» de la Administración pública –civil y militar–, que va desde la designación de los cargos políticos de libre nombramiento y remoción (nombrar y remover ministros según el Art. 236, núm. 3 de la

¹⁹ Parejo Alfonso, L. *Ob. cit.*, nota 19, 13.

²⁰ Gasparri, P. “Note introduttive al diritto amministrativo”, En *Rassegna ie diritto pubblico*, abril-junio, 1949, 54 y ss.

Constitución, pasando por dirigir la acción del Gobierno (Art. 236, núm. 2 *eiusdem*), y la elaboración de los planes y programas estratégicos, hasta el dictado de reglamentos (Art. 236, núm. 10 *eiusdem*).

En efecto, una discusión, siquiera fuera sumaria, sobre el alcance y peculiaridades de la «acción del Gobierno» en cada una de ellas debería ser objeto de un trabajo mucho más amplio que éste, y que, posiblemente, estaría condenado a ser siempre incompleto. Sin embargo, sí cabe realizar algunas consideraciones respecto, no de las materias en sí, sino de los límites que, de tales materias, podrían resultar respecto a las formas de actuación de otros órganos estatales.

El segundo aspecto a considerar aquí –y quizá el más espinoso–, en relación con la función gubernamental «de dirección política», como configuradora de un ámbito constitucional de reserva del Gobierno, es el referente a si esa reserva se proyectó también frente al ejercicio del control jurisdiccional por parte del Poder judicial: más explícitamente, si supone la existencia de un espacio de acción gubernamental exento del principio del control jurisdiccional universal.

Al respecto debemos recordar que, en un primer momento, se estableció una «zona exenta» de control jurisdiccional, que se definía –partiendo de ese carácter político– por cambiantes criterios –*raison d'État*– atendiéndose unas veces a los sujetos, otras a los intereses protegidos o fines perseguidos, pero siempre desde la perspectiva del carácter político de los actos pretendidamente «inenjuiciables».

19.^a Así las cosas, debemos señalar que el tratamiento eminentemente jurídico del significado del Gobierno como órgano constitucional, su estructura y sus funciones, y su distinción con relación a la Administración Pública, en nuestro modelo de Estado constitucional de Derecho desde la aprobación de la Constitución de 1999, si se compara con el dado a los otros poderes del Estado, es ciertamente escaso, lo cual resulta paradójico, cuando ocurre que hoy es el órgano que ejerce el Poder Público que concentra en sus manos, la mayor cuota de poder estatal que la historia ha conocido en el país contemporáneo.

En tal sentido, conviene citar a M. Aragón²¹, cuando señala que haber dejado a la teoría alejada puede conducir a una doble y peligrosa consecuencia. Por un lado, como los hechos son los de una innegable potencia del Gobierno, la ausencia de reconocimiento jurídico de esa realidad política, lejos de frenar un poder así, más bien lo «desenfrena». Formalizar las competencias gubernamentales, o al menos articularlas teóricamente, supondrá siempre, entre otras cosas, limitarlas. Por otro lado, y paradójicamente, la misma falta de formalización jurídica y articulación teórica puede llevar a alentar el «gobierno de los jueces». Ambas consecuencias, perfectamente imaginables –y constatables, agregaríamos– representarían un terrible quebranto para el Estado constitucional de Derecho y, por lo mismo, una disminución de garantías de los derechos y libertades para las personas.

Así las cosas, concluye Aragón²², cuando se postula la necesidad de que la nueva teoría se acerque a la nueva realidad política no se trata, en modo alguno, de defender la impunidad de la acción del Gobierno, su no sujeción a control alguno; muy por el contrario, en el Estado constitucional de Derecho todos los órganos que ejercen el poder Público –incluido el Gobierno– deberán someter su actividad a la Constitución y a la ley, de acuerdo con el Art. 137 de la Constitución, y todas las irregularidades jurídicas, sea cual sea su origen, pueden ser controladas por el Poder judicial, por la jurisdicción especial –constitucional o administrativa–.

²¹ Aragón, M. «Presentación» a *El Gobierno: Estudios*. En DA, núm. 215, 1988, 8.

²² Aragón, M. *Ob. cit.*, nota 22, 8.

20.^a En el Derecho positivo, el Gobierno aparece en el Art. 226 de la Constitución como un órgano constitucional complejo integrado tanto por órganos unipersonales –Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo y Ministros– como por órganos colegiados –Consejo de Ministros–; e inmediato, en el sentido que debe su existencia a la propia Constitución.

En tal sentido, según señala I. de Otto²³, el Gobierno hace referencia directa a la acción pública, a la dirección y guía de los asuntos públicos. De ahí que el concepto de Gobierno ocupa un lugar central en el análisis no normativo de la organización y funcionamiento del Estado, especialmente en el seno de la Ciencia política. En segundo lugar, y en sentido opuesto, la ciencia del Derecho público reposa sobre la juridificación del poder público –incluido el Poder político–, es decir, sobre la supremacía de la Constitución y de la ley como fuentes legitimadoras de toda acción del Estado en sus diversos grados o niveles –incluida la acción o función política–. Dentro de ella, el concepto de Gobierno se ve tendencialmente sustituido por el de ejecución o Poder ejecutivo, expresión en la que se pone de manifiesto esa supremacía de la Constitución y de la ley, y la sumisión de todo órgano que ejerce el poder público a ella. El concepto de Gobierno como función aparecía, inicialmente, por tanto, como la antítesis del Derecho, y todo intento de contener o reintroducir esa esfera extrajurídica chocaba con el obstáculo de la juridificación progresiva por parte del Derecho público de toda la actividad del Estado, con la tendencial reducción de ésta al binomio legislación-ejecución.

Ahora bien, la realidad es que la característica fundamental en este punto es que ningún modelo de Administración pública es constitucionalmente autónomo o independiente²⁴ del Gobierno, o sea, un cuerpo social gobernado únicamente por sí mismo. Toda Administración pública nace subordinada jurídicamente a la acción política ejercida por el Gobierno, tanto en el Gobierno de origen democrático como autoritario. Así, la Administración pública no es solo un concepto sino una realidad jurídico-política. Por tanto, hay que tener presente que desde siempre, toda Administración pública está unida al sistema de Gobierno, como dice el refrán, «la puerta lo está a la pared». La puerta solo puede salirse si la pared se cae. Y aunque la puerta quede unida al marco, bastaría un empujón para abrirla de par en par.

En este orden de ideas, aún a riesgo de simplificar cuestiones en forma alguna simples, la exigencia, incluso en el plano constitucional, de que el Gobierno actúe de acuerdo con un plan o programa político, y que este sea conocido no solo por los partidos políticos como en general, por la opinión pública, parecería enteramente plausible en un principio, no obstante lo cual se encuentra llena de dificultades. Y sucede también que los planes y programas políticos tienden, por su propia realidad, a no ponderar adecuadamente –cuando no a ignorar por completo– los límites que a su acción conformadora ofrece la realidad. Por estas razones parece claro, que la exigencia de la presentación de un plan o programa de gobierno es el fruto de una idealización y racionalización de alguna medida exagerada de la acción política, y que, en principio, se inserta en el marco global de la responsabilidad política del Gobierno, según el Art. 232 de la Constitución.

21.^a Por lo expuesto, hoy día no debería representar ninguna novedad que relacionemos Administración pública y su Derecho administrativo, con las estructuras de poder y, específicamente, con el propio Poder político o Gobierno. En las posiciones tradicionales del consti-

²³ De Otto, I. “La posición constitucional del Gobierno”. En DA, núm. 223, 1980, 143 y 171.

²⁴ Sobre la cuestión de si la Administración pública puede ser considerada como una institución, ya sea legitimada en derecho propio, o ya en función de sus particulares atributos, véase Dreier, H. “En torno a la «independencia» de la Administración”. En DA, núm. 234, 1993, 267 y 278.

tucionalismo, la delimitación resulta relativamente sencilla. Los órganos del Poder político toman decisiones, y los órganos administrativos las ejecutan con «eficacia indiferente» (F. Garrido Falla²⁵).

Lo que sí es una novedad, es hacer de esa relación el elemento sustancial de la aproximación a los problemas administrativos (o de la realidad administrativa o política). Y, sobre todo, es una novedad no asumir como un dato de la realidad, el hecho de que la Administración pública, entendida como conjunto de organizaciones, se limita a aplicar ya sea la decisión política o ya sea formalizada legislativamente, la decisión «superior»; por tanto, sólo a través de los diversos actores, del análisis de las políticas públicas, se habrá de reconstruir el papel institucional realmente jugado por la Administración pública en todo el proceso de formación, decisión y puesta en marcha de las diversas políticas públicas en un momento dado.

Y este deslinde, lamentablemente, de planteamientos más generales, sobre el porqué y el cómo de la decisión –producto del Poder político–, que vincula a la Administración pública con las estructuras del Gobierno, no se detecta por algunas opiniones en el tratamiento meramente descriptivo de los problemas administrativos (o de la realidad administrativa o política), pues no pueden entenderse desde la sola perspectiva estrictamente «racional-legal» del Derecho administrativo, en el afán prescriptivo que rezuma en ciertos comentarios y estudios al orden del día.

22.^a Ahora bien, la actividad o la función de Gobierno, considerada analíticamente, se halla integrada por dos momentos fundamentales: 1ro., la decisión; y 2do., la acción. Y es que primero es necesario decidir lo que se va a hacer –función y definición de la política–; la «decisión» comprende, pues, aquella fase de la actividad en la cual el Gobierno, en consideración a un fin u objetivo prefijado, lo sea por sí misma o constituya directriz política, elige entre las diversas alternativas posibles aquélla que, inicialmente, era dejada a su discreción más absoluta, y más tarde bajo el canon del principio constitucional «de ponderación», la que se considera la más adecuada al fin de interés público propuesto. Por su parte, la «acción» o ejecución se concreta en la actuación o materialización de la decisión –papel y definición de la Administración pública–.

Es así que, tanto la elaboración y la ejecución de los planes y programas políticos, como la determinación de fines estatales en la decisión, deberían estar condicionadas por las exigencias de la sociedad, cuya manifestación ha de llegar a la Administración pública, bien indirectamente a través de la política en sus formas más generales, o bien a través del contacto que surge de las diversas formas de la participación ciudadana en la gestión pública.

Resumen de la posición anterior es la posición de E. Forsthoﬀ²⁶ según el cual:

El Derecho Administrativo es en esencia la ejecución de específicas decisiones y distinciones jurídicas. Esas finalidades radican en el campo del equilibrio entre las necesidades estatales y la libertad individual. Sólo donde este equilibrio se realiza por medio de decisiones y ejecuciones específicamente jurídicas, las funciones estatales se elevan del nivel de los actos de mera ejecución y participan en la *dignidad* del Derecho. Así se caracteriza la sustancia del Derecho Administrativo. (cursiva del autor)

Sin embargo, ya no va a bastar ese equilibrio «inestable» entre la libertad individual y las necesidades estatales que menciona Forsthoﬀ, tan ejemplarmente simbolizado, por ejemplo, en la figura de la expropiación pública, respecto del más representativo de los derechos: el de la propiedad privada.

²⁵ Garrido Falla, F. *Comentarios a la Constitución*. Civitas, Madrid, 1980, 1029 y 1030.

²⁶ Forsthoﬀ, E. *Traité de droit administratif allemand*. Bruxelles, Bruylant. 1969.

En efecto, ya no va a haber prácticamente «círculos exentos» –*quod non est permissae prohibite intelliguntur*– en los que la Administración pública no pueda o no deba introducirse, bien por la vía de la acción directa –las políticas de estatizaciones, los monopolios estatales, la reserva estatal, etc.– bien por la vía indirecta, de rodeo o cerco que supone la emanación de esa profusa y casuística legislación de un Estado marcadamente «intervencionista», con sus nuevas garantías reflejas o invertidas de protección a las personas, desde el todo o en cuanto partes de ese todo, es decir, dictadas no tanto para proteger los derechos individuales o los intereses solidarios de la comunidad, cuanto la gestión de intereses ideológicos que empiezan, por esta vía, a cobrar conciencia del modelo de Estado clientelar y subvencional en una sociedad y en una época determinadas.

23.^a Un último aspecto muy vinculado con todo lo anterior, tiene que ver con el control jurídico-público de la función «de dirección política» –ya no solo de la responsabilidad política propiamente dicha como medio de fiscalización de la acción política (G.V. Rescigno²⁷)–, sino sobre todo del que les corresponde a los órganos de control jurisdiccional.

Al respecto es oportuno demandarse, como lo hace L. López Guerra²⁸: «¿Debe, por tanto, admitirse que éstos puedan enjuiciar actos de evidente contenido de dirección política, esto es, según se vio, de carácter eminentemente creador y guiado por criterios de oportunidad, sin que haya así un parámetro normativo con arreglo al cual juzgarlos?». Por de pronto, debe tenerse en cuenta que no se plantea esta cuestión referida a todo «acto político», sino en las específicas funciones «de dirección política», que se han examinado más arriba, esto es, en ejercicio de funciones constitucionalmente previstas que implican, usualmente, la iniciativa en relaciones con otros órganos–así, la iniciativa presupuestaria, o la disolución de la Asamblea Nacional–, con la Administración pública –nombramientos y remociones de cargos gubernamentales–, o en fin, con la sociedad en general –por ejemplo, el caso de la muy reciente declaración del estado de alarma–.

La acción política –y de modo concreto la función «de dirección política»– aparecen, por definición, como actividades creadoras, esencialmente libres y, en consecuencia, imprevisibles. Y tal imprevisibilidad –señala López Guerra–, aparece como característica a tener en cuenta por quienes se coloquen, voluntariamente, en situaciones que queden a merced de decisiones gubernamentales de ese tipo. Se produce así una asunción de riesgos –normales y conocidos– derivados de la libertad de actuación y de dirección política, que convertirá en difícilmente aceptable, en muchos supuestos, una pretensión dirigida, por ejemplo, a exigir reparación por lesiones económicas derivadas, por ejemplo, de la política internacional; pero que no acontecería lo mismo, por ejemplo, con los daños derivados de la ejecución de un plan o programa de desarrollo económico y social que, en la construcción de la «suprema felicidad social», derive en una política de estatizaciones o nacionalizaciones de los medios de producción de riqueza y del ingreso mediante expropiaciones, ello independientemente del instituto de la responsabilidad «política» propiamente dicha, mediante los diversos mecanismos y procedimientos del control parlamentario requerido por el principio de democracia representativa.

En efecto, y dicho esto, no se puede excluir en modo alguno la existencia de supuestos en que, dándose al menos una apariencia razonable de legitimación del justiciable –como titular de un derecho o interés jurídicamente protegible y presuntamente dañado–, sea necesario verificar si, efectivamente, a causa de la función gubernamental de dirección política, han

²⁷ Es de gran utilidad el amplio resumen histórico que hace Rescigno, J.V. *La responsabilità politica*. Milán, 1977, 153 a 196.

²⁸ López Guerra, L. “Funciones del Gobierno y dirección política”. En DA, núm. 215, 1988, 39.

sido afectados o lesionados derechos o intereses de personas y, en consecuencia, si esa lesión aparece como legítima o ilegítima. Ello nos lleva a afirmar, junto con López Guerra²⁹ que, cuenta tenida tanto de razones de procedibilidad como las relativas al eventual examen de fondo del asunto, que si bien harían, sin duda, difícil el control jurisdiccional, no cabría excluir de entrada que, en algún caso, efectivamente la función gubernamental de dirección política se traduzca en auténticas transgresiones ilegales contra derechos e intereses de las personas, pues tal «carácter político» no puede impedir un examen de fondo del caso por los órganos jurisdiccionales competentes.

En el mismo orden de ideas, Parejo Alfonso³⁰ tratando el tema del control de los actos de Gobierno en cuanto a la regla de sometimiento a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, precisa que tal regla rige, desde luego, también para la acción gubernamental de dirección de la Administración pública, donde la solución es la misma: plenitud tanto del control político por el Parlamento, como también del control jurídico, resolviéndose la cuestión de la verificación de este último de la única forma en esta sede plausible, es decir, por remisión a terreno procesal (impugnabilidad de los actos gubernamentales ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo y el Tribunal Constitucional, según sea el caso).

24.ª Por lo que respecta al Derecho positivo, no podemos olvidar las previsiones relativas al pleno sometimiento de la función administrativa o gubernamental a la Constitución y la ley, y el control o fiscalización jurisdiccional –sin excepciones– del Poder judicial sobre los actos del Gobierno con eficacia jurídica, por ejemplo, un acuerdo del Consejo de Ministros, y así quedó nítidamente plasmado en el Art. 137 de la Constitución, que la Constitución y la ley enmarcan y delimitan las posibilidades de actuación de la Administración Pública, así como del resto de los órganos que ejercen el Poder Público –incluido del Gobierno– y de los ciudadanos, dado que nos encontramos bajo un Estado de Derecho y de Justicia. Así las cosas, las actividades de todos los órganos que ejercen el Poder Público están sometidas al Derecho y, por supuesto también y específicamente, la desarrollada en ejercicio de la peculiar función de dirección política.

En efecto, las irregularidades en la conducta de los órganos que ejercen el Poder Público son susceptibles de control jurídico-público. Por ende, no pueden quedar nunca al margen del Derecho resultando de aplicación, bien los controles jurídicos típicos o propios de la actividad de producción de los actos estatales y de su ejecución, es decir, los controles propiamente jurisdiccionales, o bien los controles políticos jurídicamente regulados.

Ligada a la anterior, y como razón añadida que justifica el control jurídico-público, no puede quedar resquicio constitucional por donde pueda introducirse una posibilidad de incidencia del Poder ejecutivo –en sus diversas funciones, y entre ellas la específica función de dirección política– sobre los derechos e intereses de las personas, sin que sea posible la correspondiente tutela jurisdiccional efectiva ante los competentes órganos jurisdiccionales, ante la tajante afirmación del Art. 26 de la Constitución, donde se consagra que ninguna persona puede –por virtud de un supuesto o real «carácter político» de la acción gubernamental–, quedar desprovista del derecho fundamental que se le reconoce «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», poniendo término con ello a una situación de déficit de protección jurisdiccional al nivel de la Justicia constitucional o administrativa.

²⁹ López Guerra, L., *Ob. cit.*, nota 29, 40.

³⁰ Parejo Alfonso, L. *Ob. cit.*, nota 19, 46.

En conclusión, no podemos ni debemos olvidar que toda actividad del Gobierno, también y específicamente la desarrollada en el ejercicio de la peculiar función de dirección política, no puede quedar nunca al margen del Derecho, y no significa ni puede significar la inexistencia, aparte del permanente control político, de control jurisdiccional alguno. Por tanto, hoy día basta indicar que la teoría de campos del Gobierno exentos de un control jurisdiccional desaparece ante la tajante afirmación del mencionado Art. 26 de la Constitución, desarrollado abundantemente por la «correcta» jurisprudencia constitucional, administrativa y ordinaria, que establece el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de todas las personas sin que, en ningún caso, pueda producirse denegación de Justicia.

Así las cosas, ante notable resistencia en general a formalizar la actuación del Gobierno, en contraste con extrema –y necesaria– formalización de la Administración pública, debemos resaltar que siendo «un poder esencialmente político, *enormemente resistente a la juridificación*, y por eso es por lo que hay que limitarlo jurídicamente al máximo *a posteriori*» (J. Pérez Royo³¹), la importancia de la figura determina que, en el marco de la necesaria y futura reforma y modernización institucional del complejo Gobierno-Administración Pública, debería contener, como sucede en el Derecho comparado, una fuente legal orgánica que tenga por objeto la regulación de la organización, composición, funcionamiento, competencias, incompatibilidades y control de la acción de la institución del Gobierno.

III. PSEUDO-DERECHO «PUESTO» O «IMPUESTO» Y DERECHO ADMINISTRATIVO

25.^a Y llegado a este punto de la exposición, la que aquí mantengo es, en definitiva, una concepción integradora de las grandes construcciones conceptuales basilares del sistema de Derecho Administrativo, dentro de las cuales destaca el (sub)sistema normativo administrativo.

De ahí que nos vamos a referir a uno de los aspectos de mayor complejidad, ya no solo del Derecho administrativo, sino de cualquier área del Derecho, donde hay que tener en cuenta la distinción clásica entre la realidad práctica, la metodología aplicativa y académica del Derecho. Por tanto, nos centraremos en la aproximación metodológica de análisis y de explicación orientada directamente a la «aplicación del Derecho administrativo», distinto al académico de elaboración de teorías que permiten comprender y explicar mejor el funcionamiento del sistema normativo de una sociedad en un momento dado.

Al respecto debemos empezar señalando que Aristóteles³², en su idea general de la república descrita en su *Política*, obra compuesta hacia el año 344 a.C., ya afirmaba lo siguiente: «Pero es preciso observar que *las buenas leyes no constituyen por sí solas un buen gobierno*, y que lo que importa sobre todo, es que *estas leyes buenas sean observadas*. No hay, pues, *buen gobierno*, sino donde en primer lugar se obedece a la ley, y después la ley a que se obedece esté fundada en la razón; porque podría también prestarse también obediencia a leyes irracionales». (Cursivas nuestras)

En este orden de ideas, debemos observar que la Administración pública tiene la condición de un poder público constituido que, según Parejo Alfonso³³, quiere significar regulado jurídicamente: no simple poder de mando del imperante, sino poder de mando desde, en y

³¹ Pérez Royo, J. (1995). *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1995, 579 (cursiva en el original).

³² Aristóteles. *Obras Filosóficas de Aristóteles, Política*. Tomo III, Libro sexto, Capítulo VI, (Trad. de Patricio de Azcárate Corral). Edición digital en <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc03.htm>, por el *Proyecto Filosofía en español*. Oviedo, 2005, 198.

³³ Parejo Alfonso, L. “Administración y Función pública”. En DA, núm. 243, 1995. 69.

para el «orden jurídico» (o sistema normativo). De ahí que, agregamos –y no puede ser de otra manera–, la dogmática jurídico-administrativa tiene, en primer término, la tarea de suministrar un «sistema de conceptos, instituciones, principios y reglas jurídicos» que facilite y dirija el manejo del Derecho administrativo, otorgándole orientación y seguridad; con ello contribuye, al mismo tiempo, a la transparencia del mencionado orden jurídico o (sub)sistema normativo administrativo propiamente dicho.

26.^a En tal sentido, el punto de partida del Derecho administrativo sostiene S. Cassese³⁴, es bien simple: nace conectado o vinculado al Estado, a la ley y a los jueces. Ahora, dentro de las que podríamos llamar «señas de identidad» –en cuanto ideas o pensamientos que vertebran el sistema del Derecho administrativo en sentido propio–, está la que hace referencia a la conexión o vinculación al Estado en cuanto Derecho, el cual es «aplicado» –u observado en el lenguaje de Aristóteles– por uno de los tres poderes del Estado, es decir, por el Poder ejecutivo, de tal forma que todos los institutos del Derecho administrativo son referibles al Estado.

La segunda conexión –la que se expresa en la vinculación del Derecho administrativo a la ley– tiene dos significados diversos: la ley cumple un primer papel de protección de las personas frente a la Administración pública; y el segundo papel de la ley consiste en dirigir la Administración pública. Aquí la ley no es tanto un instrumento de protección de los ciudadanos frente a la Administración pública –y por tanto, un instrumento para controlar su discrecionalidad– cuanto, más bien, un instrumento para guiar a la Administración pública.

La tercera vinculación –la consistente en la sujeción del Derecho administrativo a los jueces– tiene también un doble significado: de instrumento de protección de las personas; y de instrumento de guía de la Administración pública. Así, el Poder administrativo está sujeto al control de los jueces; y cuando no lo está, se transforma en «arbitrariedad administrativa». No olvidemos que, justamente, en los orígenes del Derecho administrativo se suscitó el problema de si podía existir una Administración pública exenta de control jurisdiccional o si aquélla debía estar sometida al juez; e incluso, si la Administración pública debía estar sometida al juez de Derecho común, esto es, al mismo juez que resuelve las controversias entre particulares o, por el contrario, a un juez especial (por ejemplo, el Consejo de Estado).

Finalmente, si bien es cierto que el Estado como centro de disciplina de muchas actividades, hoy, en cambio, está cada vez más sometido al control por la formación de organismos supranacionales, con poderes normativos, administrativos y jurisdiccionales, pero no por eso resulta desvinculado al Derecho. Por el contrario, es claro que la naturaleza de poder público constituido de la Administración pública, y la «exorbitancia del Derecho común» del régimen jurídico de su organización y actividad, reclaman la especificidad del Derecho administrativo.

Por ello cabe afirmar que hoy por hoy, la Administración Pública es la que se configura como objetivamente al «servicio de las ciudadanos y ciudadanas» –*rectius*: personas– y, por consiguiente, en el ejercicio de las potestades que el Ordenamiento o sistema normativo le otorga para el desempeño de sus funciones, actúa «sometida al Derecho Administrativo», que es, en principio, su Derecho común, normal, estatutario y autónomo (J. Araujo-Juárez³⁵), sin perjuicio de constatar que por virtud de las nuevas formas de gestión, la privatización, la globalización, etc., se ha atenuado y desdibujado la división entre el Derecho público y el

³⁴ Cassese, S. “Crisis y transformaciones del Derecho Administrativo”. En DA, núm. 250-251, 1998, 216.

³⁵ Araujo-Juárez, J. *Derecho Administrativo General*. Vol. I. *Concepto y Fuentes*. Ediciones Paredes, Caracas, 2012, 52 a 58.

privado –entrecruzamiento–, y así este último invade el espacio del Derecho administrativo en algunas materias y erosiona su especificidad (S. Cassese³⁶), o más propiamente, por cuanto el Derecho privado es capaz de arbitrar soluciones que harían inútil la regulación del Derecho administrativo, lo cual se califica como el «manejo táctico de las nociones de Derecho común» (Villar Palasi³⁷).

27.^a En este orden de ideas, bien se ha dicho que en el principio de todo Derecho están una potestad y un sistema normativo. La potestad es, sin duda, la posición jurídica más típica y característica del Derecho público (J.A. Santamaría Pastor³⁸). De ahí que la funcionalidad básica del sistema del Derecho administrativo es el establecimiento de un conjunto de normas jurídicas de comportamiento tendentes a asegurar el correcto ejercicio de las potestades administrativas y la ponderación de los intereses sobre los que éstas han de incidir, y al cual ha de someterse la actuación de la Administración pública.

Así las cosas, el Derecho administrativo, además del carácter dogmático o doctrinal –conceptos, categorías, técnicas, etc. –, comprende también el estudio de la específica concreción jurídica en un determinado (sub)sistema normativo de regulación que ordena y facilita su producción, desarrollo, interpretación y aplicación, y que se articula mediante el dictado de normas –legislativas o reglamentarias–, de lo cual resulta un proceso de vinculación que se desarrolla entre dos extremos.

En efecto, la producción y aplicación del (sub)sistema normativo administrativo resulta del papel que corresponde, en primer lugar, a la acción del poder legislativo en el marco de «ponderación» de principios constitucionales, en lo que atañe a la producción de leyes administrativas, mediante las cuales se programa el contenido de la actividad administrativa y de la regulación de concretos sectores o instituciones –por ejemplo, expropiación pública, procedimiento administrativo, contratación pública, etc. –.

Después, presupuesta la corrección de la ponderación realizada por el legislador y, por tanto, la constitucionalidad de la regulación legal –presupuesto de validez y aplicabilidad– del sector o institución de que se trate, la vinculación al Ordenamiento jurídico se concreta posteriormente en relación con los otros órganos que ejercen el poder público –Gobierno, Administración pública y jueces–, con la efectividad del sometimiento pleno a la ley y al derecho, presidido por la Constitución.

En este sentido basta con remarcar que dentro de la lógica constitucional, para limitar o extinguir un derecho, por ejemplo, el de propiedad privada mediante la expropiación pública, deben intervenir los tres poderes del Estado –legislativo, ejecutivo y judicial–. Ahora, las normas y actos adoptados por los diversos poderes públicos en el proceso de concreción serán válidos o dejarán de serlo, en función de que se respete y observe o, por el contrario, se desaplique, desvíe, desborde o manipule, el concreto proceso de acuerdo con las exigencias que la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico les impone.

28.^a Siendo ello así, el principio de objetividad comparece como técnica para lograr que la intensidad del sometimiento de la Administración pública al principio de juridicidad sea pleno o, al menos, máximo, al eliminar el margen de apreciación que en la interpretación y

³⁶ Cassese, S. *Derecho administrativo: historia y futuro*. INAP, Madrid, 2014, 452

³⁷ Villar Palasi, J.L. y Villar Escurra, J.L. *Principios de Derecho Administrativo*, T.I. FDUC, Madrid 1993, 41 y 42.

³⁸ Santamaría Pastor, J.A. *Principios del derecho Administrativo General*, T. II, 5ª. edición. Iustel, Madrid, 2018, 291.

aplicación de la legalidad administrativa siempre dispone el funcionario, imponiéndole la obligación de que sus labores hermenéuticas y «aplicativas» se ajusten a la voluntad normativa y prescindan de cualquier tipo de fin o interés subjetivo (desviación de poder).

Por eso ha dicho Cassese³⁹: «La Administración está sujeta al Derecho; por ello, existe un Derecho administrativo», aunque si bien no limita totalmente las actividades de la Administración pública, pues inevitablemente habrá lo que denomina «agujeros negros» y «agujeros grises», como son las prerrogativas y privilegios, que ampliamente aceptados en su día, hoy se consideran contrarios al imperio de la ley y al principio de control de constitucionalidad; pero en eso consiste, también, la lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (García de Enterría⁴⁰).

Por consiguiente, no hay duda que en el Estado constitucional de Derecho, las normas positivas y los valores que las fundamentan deben ser «reales y efectivos», y no meros postulados ideales o formales carentes de fuerza vinculante. De ahí que, como la labor hermenéutica y «aplicativa» del funcionario público se desarrolla en el ejercicio de las potestades administrativas que se le adjudican, la objetividad, entendida como fidelidad a la voluntad de la norma con independencia del propio querer, entraña, tal como señala J.A. Santamaría Pastor⁴¹, dos exigencias que se manifiestan, esencialmente, en el ejercicio de las potestades administrativas: 1ra., que la potestad administrativa de que se trate sea utilizada para la consecución del fin de interés público para el que específicamente se ha establecido tal potestad administrativa, sin que pueda utilizarse para la consecución de otro fin de interés público, evitándose así la desviación de poder; y 2da., que en el ejercicio de esa potestad administrativa, el funcionario actúe de acuerdo con criterios técnicos de congruencia o razonabilidad ajustados al fin que persigue la creación de la potestad administrativa.

29.^a Lo anterior significa que cuando la Administración pública ejerce sus potestades administrativas «debe interpretar y aplicar», necesariamente, el sistema del Derecho administrativo en su sentido propio en todo su detalle. No hay lugar tampoco para la aplicación de otras ramas del Ordenamiento jurídico, salvo cuando sea necesario aplicarlas con carácter meramente supletorio –lo cual exige que no haya norma aplicable en el ámbito del Derecho administrativo–. Pero dado que, tanto la idea de «servicio de los ciudadanos y ciudadanas» como la idea de cumplimiento o satisfacción de los fines de interés público o general, deben estar omnipresentes en toda actividad –sea cual fuere– de la Administración Pública es, por tanto, necesario también que interprete y «aplique» en todo momento los principios, categorías e instituciones que el Derecho administrativo, *tout court*, contiene como Ordenamiento jurídico o (sub)sistema normativo administrativo específico, principios que se encuentran recogidos en el Art. 141 de la Constitución, así: honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad, y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Lo expuesto nos permite llegar a la conclusión siguiente: toda la actividad o inactividad –sea cual fuere– de la Administración pública, sea ésta fruto del ejercicio de una potestad administrativa o sea manifestación de mera gestión administrativa está vinculada y, por tanto, sometida a los principios constitucionales que condicionan el servicio vicarial de la Administración pública, lo cual exige actuar «conforme a» los mencionados principios constitucionales. 'La actividad que suponga el ejercicio de potestades administrativas estará sometida, por

³⁹ Cassese, S. *Ob. cit.*, nota 37, 456.

⁴⁰ García de Enterría, E. *Ob. cit.*, nota 11.

⁴¹ Santamaría Pastor, J.A. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, 250 y 251.

tanto, necesariamente al entero sistema del Derecho administrativo en todo su detalle, sin que sea posible abstraerse de la aplicación de norma alguna del mismo. Lo dicho se traduce en que el Derecho administrativo continuará siendo en todo caso –aquí y ahora– el Derecho propio y específico de la Administración pública y habrá de ser «siempre aplicado» por ésta, en todo su detalle y respetando los principios constitucionales y legales que –insistimos– como señas de identidad informan o vertebran el entero sistema del Derecho administrativo en su sentido propio.

En definitiva, como hemos intentado demostrar, el Derecho administrativo –como sector ordinamental o (sub)sistema normativo específico–, «debe» aplicarse cuando se está ante el ejercicio de potestades o de actividades administrativas, lo que condiciona la efectividad del sometimiento pleno a la ley y al derecho, presidido por la Constitución.

30.^a Ahora, para que la aplicación del (sub)sistema normativo pueda hacerse de forma completa, por otra parte, sostiene A. Romano-Tassone⁴² parecen necesarias algunas condiciones mínimas: 1ro., que se trate de un «sistema» normativo y no de una mera pluralidad desarticulada de varios actos-fuente entre los que, por tanto, debe ser individualizado un criterio ordenador, aunque complejo; 2do., que el sistema normativo así delineado tenga «efectividad» y no sea continuamente desmentido o puesto en discusión; y por último 3ro., que se prevean instrumentos eficaces de «garantía jurídica» del sistema normativo, que lo protejan de las eventuales transgresiones.

Todo lo cual no nos impide reconocer desde ya que estas condiciones en el Derecho positivo –o sea, el Derecho «puesto» o «impuesto»⁴³– sean, como se verá, por causa de un Estado de Derecho y de Justicia «fallido» o «disfuncional», inexistentes o que existiendo se consideran nugatorias, aunque sea con diferencias relevantes entre los distintos sectores o sistemas o si se quiere sub-sistemas normativos, por la notable «manipulación de conceptos básicos del Derecho administrativo en Venezuela» (Brewer-Carías⁴⁴), por cualquiera de los distintos órganos que ejercen el poder público.

31.^a En el concepto clave «concepción del Derecho administrativo acorde con el tiempo» al cual nos referimos al inicio remite –como bien se comprende–, a las tensiones entre la misión o la función de las raíces y fundamentos últimos del sistema del Derecho administrativo, de un lado, y el Derecho «puesto» o «impuesto», esto es, la realidad «administrativa» o «política», de otro.

Por su parte, en el centro de atención del Derecho administrativo en su sentido propio se encuentra también el «estudio» de las formas de la actividad de la Administración pública y, por ende, puede ser abordado, tanto desde la perspectiva del «deber ser», o de la búsqueda del «modelo» más perfecto –técnica del método jurídico–, como desde la perspectiva del «ser», o del fenómeno administrativo o «realidad administrativa» –técnica del Método del Caso (MdC)–.

⁴² Romano-Tassone, A. “Las fuentes del Derecho administrativo”. En DA, núm. 248-249, 1997, 144.

⁴³ Con la expresión Derecho positivo se designa el «*ius in civitate positum*», es decir, el Derecho «puesto» o «impuesto» por quien ejerce el poder en una determinada sociedad, y por ello, válido en su ámbito. A partir de entonces, los términos «Derecho positivo», o «ley positiva» serán frecuentemente utilizados para designar las normas prescritas, en principio, como válidas en cada sociedad.

⁴⁴ Brewer-Carías, A. R. *Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa y jurisprudencia*. Cuadernos de la Cátedra Allan. R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, UCAB, Caracas, 2019, 215.

Y aquí es necesario hacer de nuevo una precisión metodológica, sin la cual no es posible afrontar correctamente el análisis de los problemas del fenómeno administrativo (o realidad administrativa o política). En efecto –y esto es lo más importante–, la determinación de lo que es el sistema del Derecho administrativo no puede hacerse determinando previamente lo que «no es». El modo de proceder debe ser el inverso, esto es, identificar qué «es» el sistema del Derecho administrativo en su sentido propio.

En tal sentido, la función principalísima del Derecho administrativo en su sentido propio desde la perspectiva del «deber ser» es: la «racionalización»⁴⁵ de las actividades–sea cual fuere– de la Administración pública; el fomento de sus actividades «conforme a Derecho»; y, por último –pero no en importancia–la ordenación y eficacia del «control jurídico» de las mismas. Además, no debemos olvidar que la sustancial innovación, conforme al orden constitucional, en el desarrollo de la actividad de la Administración Pública tiene que ver más directamente con los ciudadanos –*rectius*: personas–, de acuerdo con el Art. 141 de la C, y el código jurídico de tal desarrollo, además del criterio clásico de la actividad administrativa conforme a Derecho, incorpora también el de la «buena» y «eficaz» Administración pública y, por tanto, de calidad.

32.ª Así las cosas, la postura poco cordial de una minoritaria corriente hacia el Derecho administrativo se expresa –bien es cierto–, de forma significativamente conectada con la del «ser», o de la realidad administrativa o política en la aplicación del Derecho «puesto» o «impuesto», y de ahí la desilusión que sufriría un estudiante al asistir a una cátedra o al leer cualquier Manual al uso universitario.

Pero junto al error de perspectiva señalado, es necesario situar otro de carácter metodológico que no podemos silenciar: que el hipotético estudiante, medianamente avezado, tampoco necesitaría hacer un gran esfuerzo imaginativo para entender que una cátedra o en un manual de Derecho administrativo tiene por objeto el «estudio» tanto de los conceptos, categorías, instituciones, como del sistema normativo, y sus problemas, desde un punto de vista del «método jurídico» –«deber ser»–, y no desde la realidad administrativa o política –«ser»–, la cual habría de ser el objeto de las especialidades de otras ciencias sociales complementarias, tales como la Ciencia de la Administración, la Ciencia Política, etc., ya que también estas disciplinas tienen a la Administración pública como objeto de su temática⁴⁶, aspecto este sobre el cual volveremos más adelante.

En este orden de ideas, es oportuno recordar que el enfrentamiento entre el mundo del «ser» y el mundo del «deber ser» alcanzó su mayor tensión polémica, por lo que al mundo del Derecho respecta, con el advenimiento de la llamada «Escuela de Viena» fundada por H.

⁴⁵ El concepto de «racionalización», según H. Schäfer, se deriva en su origen lingüístico unívocamente de *ratio* (razón, juicio), significa tanto como configuración (creación, conformación) racional. El concepto no revela, sin embargo, en su aplicación a las ciencias sociales y económicas, una significación completamente uniforme. De manera general, bajo el concepto de racionalización puede entenderse la sustitución de las formas tradicionales de proceder por otras racionales fundadas en el intelecto, analizadas en orden a la mejora de las situaciones actuales. Schäfer, H. «Racionalización y creación del Derecho». En DA, núm. 215, 1989, 156.

⁴⁶ En el Derecho administrativo angloamericano están los estudios administrativos y de otras disciplinas y donde se han encaminado los trabajos hacia materias tales como: Ciencia política, historia, sociología social, economía, administración de negocios (privada), etc. En Dwight Waldo. *Study of Public Administration*. N.Y., *Doubleday and Company, Inc., Garden City*, 1955, cit. por G. Laso Vallejo. DA, núm. 41, Reseña, 88.

Kelsen⁴⁷, y su teoría del Derecho «puro», que al ser políticamente combatida degeneraría casi en un dogma. El Derecho quedaba así liberado de la deuda que suponía el tener que reconocerse tributario de la política, la sociología, la economía, etc. El Derecho se convertiría así, en un mundo cerrado y autosuficiente, y los que lo deseaban permeable o poroso serían tildados de heterodoxos, por querer traer a su ámbito puro y aséptico perniciosas contaminaciones de ciencias «no jurídicas».

Este esquema ideal, muy bien construido y de innegable perfección técnica, presentaba, sin embargo, una serie de puntos débiles desde los que se le ha hecho una crítica que bien podría calificarse de demoledora: el Derecho se alejaba de la realidad y de la vida hasta convertirse en mera forma sin contenido, en pura idea sin vivencias, en un pensar absolutamente puesto. El Derecho ya no será para la vida, como diría R. von Ihering⁴⁸, sino que una cosa va a ser la vida y otra el Derecho.

33.^a De lo anterior surge, irremediamente, el incremento y mejora –o desmejora, que también ha sido una realidad– de las relaciones entre el Estado administrativo y las personas, lo cual constituye uno de los aspectos más significativos de la época actual, que debe contemplarse dentro del conjunto de la evolución –o involución– de las relaciones entre el Estado administrativo y la sociedad en su conjunto. De ese modo, como señalara J.L. Villar Palasi⁴⁹, se empieza a cobrar conciencia de que «la realidad nunca es una indiferente: si no se hace de ella un amigo útil será para siempre un formidable enemigo».

Así las cosas, si examinamos la realidad administrativa o política que surge del Derecho –puesto o impuesto–, y ello resulta en cierto modo paradójico, solo podemos quedar –como agudamente denuncia L. Martín-Retortillo Baquer⁵⁰–, muy impresionados por la propensión a causar una gran tipología de irregularidades como son la dejadez, la pasividad y la falta de actuación de la Administración Pública en tantos niveles y espacios –donde se atenta más que a la calidad de vida de las personas contra la dignidad humana–; la ausencia de control de gastos y de la presencia efectiva de la intervención de órganos de control de la gestión administrativa y todos sus sucedáneos que no acaban de controlar; la contratación pública plagada de irregularidades y de corruptelas; de la misma falta de supervisión urbanística; y del uso y del abuso de los Decretos-leyes y de los Decretos de excepción, y tantos otros casos que están en la mente del lector; y, en general, agregamos, cuando no del extremo opuesto de un activismo «administrativo» con abusos y excesos (desviación de poder, prevaricación administrativa, usurpación de funciones, etc.) del Estado administrativo que vulneran, impunemente, el derecho a la dignidad humana y a los demás derechos fundamentales. Ciertamente, son todos ellos ejemplos de las innumerables disfunciones que exigen una contundente operación de adaptación permanente de las grandes categorías y de los conceptos jurídicos del Derecho en general, y del Derecho administrativo en concreto, tan vinculado, insistimos, a la vida en sociedad.

Tampoco escapa que una Administración Pública incontrolada, despilfarradora, excesivamente costosa, poco productiva, causa –globalmente considerada– por lo menos, tanto daño en lo económico, político y social en un país, como el originado por las eventuales

⁴⁷ Kelsen, H. *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*. Ediciones Olejnik. Madrid.

⁴⁸ Ihering, R. von. *La Lucha por el Derecho*. Ediciones Olejnik. Santiago de Chile, 2018.

⁴⁹ Villar Palasi, J.L. “Consideraciones sobre el sistema jurídico”. En *RAP*, núm. 100. 1983.

⁵⁰ Martín-Retortillo Baquer, L. “El procedimiento como garantía (Una reflexión sobre el fortalecimiento de las formas y la reducción de los principios”. En VV. AA. *Derechos y garantías del ciudadano* (López Menudo, Coord.). IUSTEL, Madrid, 2011, 39 y 40.

arbitrariedades y excesos de una Administración pública autoritaria e irresponsable. Lo que ocurre es que este tipo de Administración pública suele reunir, además, todas las características propias de una obscena ineficacia y corrupción.

Por último, debemos recordar que las características para la tipificación jurídico-administrativa de una forma de actuación administrativa –potestades y gestión administrativas– pueden resumirse en los requisitos de «conformidad a Derecho», y sus consecuencias jurídicas comunes de irregularidades jurídicas. Ahora, en el Derecho público por irregularidades jurídicas se entienden, tradicionalmente, todas las desviaciones, excesos o, en general, transgresiones (invalidez, responsabilidad, etc.) del Ordenamiento jurídico vigente.

34.^a Ahora bien, allí donde la actuación del Estado y la Administración pública incurra, de modo concreto o sistemático en transgresiones del Ordenamiento jurídico, no existirá en la «aplicación» o ejecución del Derecho el anhelado «equilibrio» y, por ende, existirá cualquier cosa, menos la «dignidad» del Derecho administrativo de la que nos habla Forsthoﬀ. Tal conclusión parecería la indicada, si se tiene en cuenta que la identificación de los efectos de las transgresiones del Ordenamiento jurídico es la protección jurídica.

En efecto, ante la difuminación del Derecho y lo que no es Derecho *strictu sensu*, por los abusos y disfunciones de un derecho «del gobierno» (o del gobernante que viene a ser lo mismo); ante un derecho –puesto o impuesto– que solo se puede calificar, empleando la metáfora de «subterráneo» o «marginal» de nuevo cuño –bien cierto es, no por ello menos real–, con el que tales gobiernos dismantelan las instituciones públicas y privadas, sean o no de origen democrático, hacen un «mal Derecho», o lo que hacen cae en la esfera del «No-Derecho» del que habla D. Jesch⁵¹, todo ello muy distinto al sistema del Derecho administrativo construido, si se me permite emplear la terminología no jurídica –con todo útil desde el punto de vista expositivo–, sobre la «línea *Maginot*» en que consiste la relación dialéctica o de tensión Poder-Libertad, tal y como fuera ideado por los pensadores –«constructores del Derecho» o «*faiseurs de systèmes*»– clásicos del sistema del Derecho administrativo en su sentido propio. Concisa y certeramente, O. Mayer⁵² ha descrito esta circunstancia, así: «El Estado de Derecho es el Estado del bien ordenado Derecho administrativo». ¡Ciertamente, no muy poca cosa!

Un ejemplo de esa realidad administrativa que tiene causa en el Derecho –puesto o impuesto– pudiera ser, el caso de la indebida «manipulación» de la expropiación pública, lo que revelan los informes realizados en países tan distintos como España por la Defensoría del Pueblo⁵³, y los meritorios estudios en Venezuela⁵⁴, que proporcionan una extensa información

⁵¹ Jesch, D. *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, 21.

⁵² Mayer, O. (1949-1951). *Derecho administrativo alemán*, Tomo 1, trad. esp. del original francés de 1903. Depalma, Buenos Aires, 62.

⁵³ Inspección General de Servicios de la Administración Pública. «Inspección operativa de Servicio (IOS). 1988». En el mismo sentido el Informe Anual del Defensor del Pueblo ante las Cortes de 1988.

⁵⁴ Vid. Sánchez Miralles, S. (2016). *Casos de estudio sobre la expropiación en Venezuela*. Caracas, EJV-CIDEP. Sobre la gran importancia de tal tipo de obras, recordamos la reseña bibliográfica firmada por G. Laso Vallejo, donde da cuenta de que el estudio de la Administración pública se inició con el principio de la civilización, pero pocas veces con tanta consciencia y nunca con el alcance y la intensidad que en nuestros días. En el caso concreto de USA, a partir de finales del s. XIX y comienzos del s. XX, se produjo un gran desarrollo en el estudio de la Administración pública. Desde entonces, en los *colleges* y universidades se dictan cursos que versan desde la administración de personal, pasando por las técnicas de análisis organizativo hasta las leyes administra-

sobre el modelo estatal intervencionista que se caracteriza por los graves abusos, problemas y deficiencias de la realidad expropiatoria, desde simplemente inaplicaciones cuando no obscenas transgresiones del (sub)sistema normativo sobre la materia, que han incidido negativamente en las garantías constitucionales del derecho de la propiedad privada, lo que ha posibilitado un diagnóstico actual que en síntesis lo que plantea es, insistimos, un análisis, excelente, de la realidad administrativa del Derecho –puesto o impuesto–, pero no del Derecho administrativo en su sentido propio, si nos atenemos a la misión o función que tiene encomendada –ver parágrafo 31.^a–.

El anterior planteamiento parece necesario extenderlo a los demás sectores de la actividad administrativa nacional: contrataciones públicas, servicios públicos, orden público y seguridad ciudadana, sistema penitenciario, y un gran etc. Pero, precisamente, por ello, o a causa de ello, parece fuera de duda, que estamos en presencia del ejercicio del poder público en la «aplicación» de un derecho –puesto o impuesto– distinto, o en todo caso, de una noción hipertrofiada del Derecho administrativo en sentido propio.

Con los anteriores ejemplos se ha querido mostrar por dónde debe discurrir la discusión sobre el centro de interés del verdadero problema de la actuación del Estado administrativo y de la Administración pública en particular y, en definitiva, de la «aplicación» –o inaplicación o inobservancia– del sistema del Derecho administrativo en su sentido propio. Afortunadamente la tendencia de las descalificaciones *a radice*, de momento, en cuanto limita seriamente el análisis del fenómeno administrativo, resulta aún minoritaria, y sobre todo no ha calado lo suficiente en una posición administrativa en la obra de los cultivadores del Derecho administrativo nacional, en los que predomina un método jurídico en la forma de abordar los problemas de la aplicabilidad –o de la inaplicabilidad– del sistema del Derecho administrativo en su sentido propio.

35.^a Vaya por delante, aquí también defendemos la posición identificadora del Derecho administrativo en su sentido propio, en tanto ciencia jurídica que «estudia» a la Administración pública quien, a su vez, tiene encomendada, de acuerdo con el principio de Estado constitucional de Derecho, la función de «aplicar» el (sub)sistema normativo administrativo, los modos o procedimientos que deben seguirse para su aplicación, y las vías para remediar las irregularidades jurídicas que se hayan producido en su aplicación o ejecución. De esta forma, abogamos por la ciencia del sistema del Derecho administrativo que enmarcado, principalmente, dentro de una concepción garantista de la persona ante la actuación del poder público, asume y defiende una posición de equilibrio entre los factores Poder-Libertad, ante un posible «abuso de poder» por parte del Estado administrativo. ¡El Derecho administrativo será garantista, o no será!

Por tal razón bastaría recordar como en la Alemania que tenía como telón de fondo la época del nacionalsocialismo, según relata M. Stolleis⁵⁵, se produjo la ruptura del Estado

tivas, etc. Como método de enseñanza se utiliza con frecuencia el «método de casos», en los que se presenta un problema real de la Administración pública, libre de la posible deformación o errónea preconcepción de los libros de texto, con lo cual vedaría al estudiante el sentido de lo que es en verdad la Administración pública, a través de esos relatos de problemas administrativos. A partir de los años 30 y 40, tal tipo de estudio entró en un periodo de actividad, expansión y crecimiento como lo acreditan los archivos de la *Public Administration Review (Revista de Administración Pública)* desde su fundación en 1940 por la *American Society for Public Administration*. En *Ob. cit.*, nota 46, 84 y 85.

⁵⁵ Stolleis, M. “Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho administrativo en la era industrial”. En DA, núm. 234, 1993, 7 y 8.

constitucional y del Estado de Derecho, y por ello la dogmática del Derecho administrativo (*Verwaltungsrecht*) se vio expuesta a una nueva situación. Pero no fue el Derecho administrativo quien se hubo de posicionar al respecto, sino fueron los abogados administrativistas en la confrontación entre partido y Estado. De un lado, los que se congregaban en torno al lema de salvación del «Estado Nacional de Derecho», y trataban las exigencias de regularidad, de protección y la mayoría de las figuras dogmático-jurídicas tradicionales; y del otro, se situaban los activistas de partido que apremiaban la abolición de la jurisdicción administrativa, y cuyo credo se condensaba en definitiva en la temible frase de un cuadro del partido y posterior Presidente del Tribunal Administrativo del *III Reich*: «Una Administración sana no necesita leyes ni reglamentos».

Tampoco hoy deberíamos ignorar que, a quienes sentaron en el banquillo de los acusados en los juicios de Núremberg fue a los responsables que, en su condición de funcionarios del gobierno –civil y militar– y de jueces del poder judicial, participaron en la interpretación y «aplicación» del sistema normativo alumbrado e impuesto por los poderes del *III Reich*, y que además asumieron como fuentes del derecho, entre otras, el liderazgo «providencial» del *Führer*, el Programa del Partido Nacional-socialista, privando a los ciudadanos del «gobierno de las leyes» (A.M. Peña Freire⁵⁶); pero en modo alguno fue al Derecho público alemán, referente siempre del Derecho comparado⁵⁷.

Finalmente podríamos invocar en este contexto que el Derecho público en general, y el sistema del Derecho administrativo en particular, formalmente, fueron concebidos para el modelo de Estado de Derecho, y que, como tales, no pueden servir o convertirse en instrumento de ideologías totalmente contrarias a las que, se insiste, han sido las señas de identidad que les dieron origen. Lo demás sería incurrir en una desnaturalización de la esencia o *dignidad* misma del sistema del Derecho administrativo, como aconteció en la barbarie nazi donde, según Peña Freire, los jueces nazis como los juristas en general, solo eran «idealistas radicalizados que emplearon el derecho para implementar una moral perversa que ellos consideraron correcta», para construir lo que en rigor solo era un pseudo-orden o, en expresión de Legaz y Lacambra⁵⁸, un «pseudo-Derecho vigente».

IV. CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO ADMINISTRATIVO

36.ª Pero puestos en un plano especulativo, no podemos quedarnos en una simple constatación de una realidad administrativa o política concreta. ¿Qué ocurre cuando se produce una «discrepancia» entre las determinaciones positivas del (sub) sistema normativo y la organización jurídico-administrativa, y la realidad administrativa o política? Parece evidente que si en la práctica observamos que si un Estado cualquiera aplica el pseudo-Derecho adminis-

⁵⁶ Peña Freire, A.M. *Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía del derecho: Radbruch y el positivismo jurídico*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, 2020, 43.

⁵⁷ Sin embargo, no debemos olvidar los casos muy notables donde el Derecho administrativo se hubo construido en un entorno de autoritarismo y de déficit democrático, como lo testimonia la llamada “década prodigiosa del derecho administrativo español”, con la aparición en 1950 de la *Revista de Administración Pública* que contribuyó de modo decisivo, luego con la promulgación de importantes leyes básicas (expropiación, justicia administrativa y procedimiento administrativo) en la estructuración del Estado de Derecho, y a partir del cual empezaron a aparecer los grandes manuales modernos de profesores de la talla de E. García de Enterría, F. Garrido Falla, J. González Pérez, J.L. Villar Palasi, entre otros, de gran influencia en nuestros iusadministrativistas, y con el cual el Derecho administrativo latinoamericano tiene una gran deuda. “Entrevista a Jesús González Pérez (TRF)”. En *RPP*, núm. 200, mayo-agosto (2016), 11-22.

⁵⁸ Legaz y Lacambra, L. *Ob. cit.*, nota 4, 33.

trativo o una noción hipertrofiada del Derecho administrativo, como un instrumento más en las desviaciones del modelo que consagra la Constitución, para construir una realidad administrativa o política no conforme a los principios, categorías e instituciones administrativas basilares del sistema de Derecho administrativo en su sentido propio, de modo alguno es de recibo la afirmación que por eso éste haya dejado de ser lo que es, o que está al servicio del gobierno, pues se adolecería de un craso error de perspectiva. En todo caso, hay que andarse con cuidado cuando empleamos los adjetivos, como si de un significante con significado se tratara.

En efecto, en el conjunto de las posiciones desacreditadoras del Derecho administrativo late una misma concepción: desconocer que el abordaje del análisis científico del sistema del Derecho administrativo en su sentido propio –a diferencia de la Ciencia de la Administración o de la Ciencia Política– debe hacerse desde conceptos generales con un alto nivel de abstracción –*scientia iuris*– y no desde contaminaciones valorativas de las interpretaciones o «aplicaciones» del (sub)sistema normativo administrativo o de los fenómenos o problemas puntuales o generalizados –disfuncionalidades, desviaciones, patologías o procesos degenerativos de un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia fallido o disfuncional–, que requieren soluciones *ad hoc*, ya sea a través de un proceso de reformas legislativas o administrativas, o ya de la construcción de nuevos paradigmas como sucedió en la Alemania de la postguerra, donde seis meses después entró en vigencia de nuevo la jurisdicción contencioso-administrativa.

En todo caso, a los fines de precaver la manipulación de citas descontextualizadas, «conviene advertir que lo señalado no quiere decir que las realidades administrativas o políticas no existan». La realidad –como la verdad– es como es, y de nada sirve resistirse a ella, y lo que nos queda es prepararnos para afrontarla y manejarla desde los afinados mecanismos o garantías de control público –instancias nacionales o internacionales– y de defensa y protección del derecho a la dignidad y los demás derechos fundamentales, articulados y contruidos al efecto desde siempre en el seno del sistema del Derecho administrativo en su sentido propio y que, sin duda alguna, han desplegado su eficacia en el modelo de Estado democrático y social de Derecho; pero, lo que si no es aconsejable, es intentar adaptar drásticamente la realidad administrativa o política a nuestros estrechos y particulares criterios de simetría.

37.^a Ahora bien, y sin pretensión de exhaustividad, en línea de continuación con el tema de la «conexión» entre, por un lado el sistema del Derecho administrativo, y por el otro la actual realidad administrativa o política del pseudo-Derecho –puesto o impuesto–, como la que hasta aquí se viene postulando que incide, desde luego, en el proceso de deslegitimación por la gestión y el resultado a que lo público está sometido, necesariamente plantea como cuestión previa, la de determinar su viabilidad y alcance.

En tal sentido, debemos señalar al respecto que el sistema del Derecho administrativo –como el Derecho en general–, debe ponerse a cubierto de dos de las más graves objeciones que se le pudieran imputar: 1ra., el hermetismo frente a la evidente realidad administrativa o política; y 2da., la pretensión de autosuficiencia, dogmatizadas ambas en el aforisma latino «*quod non est in Códice non est in mundo quod non est in Códice non est in mundo*».

Y es que tampoco deberíamos olvidar que si el Derecho en general tiene una dimensión relacional y conflictual –y donde solo estaría demás en un imaginario mundo robinsoniano de una sola persona–, lo mismo cabría decir del sistema del Derecho administrativo, con solo recordar las lecciones de J.L. Villar Palasi⁵⁹ cuando afirma: «El Derecho administrativo doc-

⁵⁹ Villar Palasi, J.L. *Derecho Administrativo*. Tomo I, *Introducción y Teoría de las Normas*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1968, 416.

trinal se ha construido desde la perspectiva de la patología del Derecho de la jurisdicción, de la contienda, y no desde el ángulo del funcionamiento normal y diario. Brinda criterios al abogado para preparar demandas contencioso-administrativas, pero no proporcionará líneas de comprensión al administrador». No se trata, pues, de bigamias metódicas, sino del cabal entendimiento de la función real del Derecho, nacido para vivir no precisamente en el «Cielo de los conceptos puros», como irónicamente escribía Thebing.

Es por lo expuesto que importa hacer constar aquí, que en la vida lo primero que surgen son los problemas –solo Dios carece de ellos, pudo decir el teólogo G.E. Lessing–, de los que emanan luego las soluciones, que acaban cristalizando en un sistema normativo con cuya concepción se eliminan de raíz, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de caer en el grave pecado original de todos los conceptualismos jurídicos: tratar los problemas, es decir a la vida misma, en función de las soluciones, esto es, del sistema jurídico, cuando debería justamente ser lo contrario.

38.^a El Derecho administrativo, sin duda, ha dominado el escenario de reflexión sobre la Administración pública, su organización y funcionamiento, en razón precisamente de que otros campos de dedicación intelectual han estado alejados de la realidad administrativa o política, como «producto del poder», salvo muy contadas aportaciones significativas.

Por ejemplo, la preocupación esencial de la Ciencia Política ha sido, y continúa en parte siendo, el estudio de la formación del poder político, su legitimación y estructura interna, y sin referirse, por tanto, al verdadero «ejercicio» del poder político, es decir, a las actuaciones de ese poder político en su relación con la sociedad a quien formalmente representa (se preocupa por la legitimidad de origen del poder político, pero no así de la legitimidad en su desempeño). Es probable que esta sea la causa de la altura del listón crítico que algún que otro autor aplica en el análisis que arroja la realidad administrativa o política en las dos últimas décadas.

Ha sido, pues, la experiencia actual, por las cada vez más numerosas manifestaciones de un «mal Gobierno» o una «mala Administración», con los que se producirá el primer encuentro que ha conducido a algunos autores a la legítima preocupación por esa realidad administrativa o política, con la aparición de importantes estudios que con una perspectiva descriptora han dado cumplido testimonio de tal época, en razón a que la actual Ciencia política no haya podido llenar ese vacío adecuadamente, salvo error u omisión de mi parte. Y el tema, digámoslo ya, nos preocupa no solo desde un punto de vista académico o teórico, sino sobre todo por lo acuciante de los retos con que nos enfrentamos al Estado administrativo, potenciados por la sobrecarga de tareas del gobierno actual, y por la difuminación tanto de los controles públicos eficaces sobre las mismas como de los límites entre los ámbitos de lo público y de lo privado.

39.^a Ahora bien, cuando es el Estado, y de manera específica la Administración pública, quien con su actuación no responde al modelo jurídico-político diseñado por la Constitución en general (Brewer-Carías⁶⁰), y por la Constitución administrativa en concreto –y este problema, con relación a nuestro país, cobra especial interés–, es en ese sentido que se debería hablar de una «discrepancia» entre el Derecho administrativo y la realidad administrativa o política, no para referirse a la infracción de una norma administrativa en concreto, sino para señalar la ausencia o escasa entidad de una realidad administrativa o política que se supone

⁶⁰ Brewer-Carías, A.R. “Sobre el modelo político y Derecho administrativo”. En *La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (A. Montaña Plaza y A.F. Ospina Garzón Editores). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2104.

que la Constitución o el Derecho exigen⁶¹. Y en el caso de que el (sub)sistema normativo administrativo existente no se concrete o materialice en la realidad administrativa o política, esto es, que los destinatarios de dentro o fuera de la Administración pública no lo interpreten o apliquen conforme a Derecho, lo que se produce son «déficits de aplicación de programas», y donde las causas pueden ir desde el déficit de aceptación, pasando por los déficits de control y sanción y, por último el déficit de estimulación (W. Hoffmann-Riem⁶²).

Sería por ello craso error interpretar el continuado déficit de «aplicación» o «ejecución», o incluso la indebida «manipulación» del (sub)sistema normativo administrativo observable, como la «decadencia» del Derecho administrativo mismo, pues, es simplemente ignorar que los estudios sobre la implementación de las normas jurídicas, donde se encuentran son en un complejo proceso de dirección político-administrativa. En conformidad con lo que afirma Hoffmann-Riem, si se quiere analizar la capacidad del Derecho de «incidir en la realidad social», los tradicionales estudios sociológico-jurídicos deberían simultanearse con estudios «de implementación». Esto vale también para el Derecho administrativo en concreto. Por ejemplo, la débil garantía que en la práctica forense se puede constatar del procedimiento administrativo sancionatorio (F. Pesci Feltri⁶³), de la expropiación pública, o en fin de cualesquier otra institución, lo que viene a significar es un déficit o falta de aplicación, implementación o realización del (sub)sistema normativo administrativo.

Cosa muy distinta es que la evolución del Derecho administrativo ponga al descubierto, una serie de carencias y necesidades que no encuentran respuesta adecuada en el (sub)sistema normativo administrativo vigente, en la medida que tal o cual sector, como por ejemplo el procedimiento administrativo, esté urgido de actualización que pasa por el acomodo –reformas de 2ª, 3ª o hasta de 4ª generación– del mismo a las nuevas exigencias de simplificación, de técnicas de reducción de cargas y la eficiencia en la gestión del procedimiento, etc. –*Better Regulation*–. La falta de mejora de regulación del (sub)sistema normativo en esta parcela, no solo cuestiona las exigencias del principio de buena administración, sino también el sistema de garantías jurídicas de las personas.

40.ª En la línea de defensa del método jurídico iniciado por E. Orlando en 1889, F. Garrido Falla⁶⁴ puso la cuestión a punto, al señalar que frente a la «pureza del método jurídico» en que consiste la ciencia del Derecho administrativo, la Ciencia de la Administración, por muy útil que su estudio resulte, es un conglomerado heterogéneo y disperso contenido que representa una dificultad para su reducción científica. La consecuencia que se desprende de esta contraposición de enfoques diferentes de los problemas de la Administración pública es obvia, y es lo que merece verdaderamente la pena ser resaltado: por ejemplo, como la Administración pública es, pues, objeto común de las ciencias del Derecho administrativo y de la Ciencia de la Administración, marca y delimita el ámbito sobre el que uno y el otro operan, recíprocamente, y les suministra desde la compleja realidad, los elementos de que se nutren y que luego cada uno asimilará y transformará específicamente.

Ahora bien, el método jurídico no puede suponer desconectar de la realidad administrativa o política pero, en modo alguno, a diferencia de lo que se pretende, la ciencia «del Dere-

⁶¹ Martín-Retortillo Baquer, L. *Ob. cit.*, nota 51, 45.

⁶² Hoffmann-Riem, W. “La reforma del Derecho administrativo”. En DA, núm. 234, 1993, 24 y 25.

⁶³ Pesci Feltri, F. *Violaciones del derecho a la defensa en el procedimiento sancionatorio venezolano*. EJV-CIDEP. Caracas, 2018.

⁶⁴ Garrido Falla, F. *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública*. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1961, 89.

cho administrativo no crea esa realidad», así sea una realidad administrativa o política. En efecto, la ciencia del Derecho administrativo no puede presentarse con afán de agotar, desde su perspectiva del análisis o método jurídico, el multifacético universo de la realidad administrativa o política. La misma complejidad de esa realidad administrativa o política, la multiplicidad creciente de sus funciones, el constante abuso o manipulación de los mecanismos formales e informales en el ejercicio de sus fines, los numerosos puntos de contacto que presenta su actividad en relación con instituciones y agregados sociales de todo tipo, hacen del estudio de la Administración pública, al mismo tiempo, una labor apasionante, por lo que tiene de central en la dinámica social, como difícil de reducir a los parámetros de una sola ciencia jurídica.

De esta manera dijo alguien una vez, el Derecho –y de ahí su fundamentación ética– se asemeja mucho a la medicina: vive de realidades (enfermedades-injusticias) y subviene a necesidades (salud-orden-justicia). Por eso, también es cierto, el abogado iusadministrativista que se refugia en la torre de marfil del Derecho administrativo puro podrá llegar a ser tan funesto, como aquel médico que tan magistralmente ridiculizó Moliere, y que prefería que sus enfermos se le muriesen observando las sagradas leyes de la medicina a que se le salvaran infringiéndolas.

41.^a En este orden de ideas, como señala Hoffmann-Riem⁶⁵, sería oportuno preguntarnos si es posible abordar la ciencia del Derecho en general, desde el prisma de una ciencia que trata del control y de dirección de comportamientos, esto es, como una ciencia «de dirección». Y solo después plantearnos dentro de la discusión, la cuestión de si se puede conseguir, y en qué medida, configurar a la ciencia del Derecho administrativo –también– como una ciencia «de dirección» que se ocuparía –además de lo que la define en su misma esencia–, de las condiciones de incidencia del (sub)sistema normativo administrativo en sus destinatarios dentro y fuera de la Administración pública, así como de las condiciones de incidencia de los sistemas normativos sobre el comportamiento de sus destinatarios y de terceros afectados.

Las consideraciones de Hoffmann-Riem conducirían, entonces, a preguntarnos si las categorías, conceptos e instituciones del sistema del Derecho administrativo habrían de orientarse –y dejando de ser lo que son en esencia–, de acuerdo con las necesidades actuales de dirección en el Estado y la sociedad, y con las posibilidades reales en ese mismo orden. Al respecto se podría responder que, sin duda alguna, la ciencia del Derecho administrativo con sus premisas y propiedades dogmáticas, no podría abordarlas adecuadamente desde un punto de vista puramente jurídico, pues no cuenta con normas relativas al empleo de los factores de dirección; mientras que, por el contrario, la Ciencia de la Administración no solo los contiene, sino que los considera relevantes para la actuación de la Administración pública desde el punto de vista de la «teoría de la dirección», y en consideración de factores políticos y sociales de peso.

Con lo anteriormente expuesto, queremos significar que no se puede equiparar el sistema del Derecho administrativo a la Ciencia de la Administración, pues no hay que olvidar que el estudio de la Administración pública y su actividad, desde el punto de vista jurídico, constituye de por sí un sistema conceptual y didáctico de enorme significación. Y solo a los efectos de hacer memoria, nos permitimos recordar que el origen de semejante perspectiva hay que buscarlo en los nombres de los eminentes juristas del Derecho administrativo de la Europa continental, donde predominaba una preocupación esencial: la legalidad o la juridici-

⁶⁵ Hoffmann-Riem W. *Ob. cit.*, nota 65, 26.

dad. De ahí que el mérito del Derecho administrativo estriba –como una señal de identidad– en el hecho de haber juridificado al máximo la Administración pública, en su organización, estructura, funcionamiento y fines, que tanto ha influido en las épocas posteriores y aún en nuestros días, y no el de ser un instrumento de un Estado que «no es de Derecho».

42.^a Sin embargo, también es cierto, estudiada solo desde el punto de vista jurídico, la Administración pública resulta excesivamente abstracta. Que a eso es a lo que suele conducir la exaltación a ultranza de una técnica, de un estilo o de una forma: al Derecho por el Derecho. Así las cosas, mientras que el Derecho administrativo es, originariamente, un mundo relacional o formal, establecedor del «equilibrio» Poder/Libertad, la Administración pública es un contenido y una actividad teleológica de innumerables metas. La Administración pública interviene hoy en demasiados campos para que los problemas administrativos puedan reducirse a simples problemas de Derecho (P.M. Gaudemet⁶⁶).

Es por ello que, en esencia, el Derecho administrativo siempre ha sido, es y será una respuesta frente al deseo de seguridad y protección jurídicas del derecho a la dignidad humana y demás derechos fundamentales de las personas frente al Estado y su Administración pública. Esta perspectiva jurídico-administrativa, por tanto, puede y debería ser completada mediante planteamientos de la Ciencia de la Administración que atienda a factores como son la aceptación y la eficacia del (sub)sistema normativo administrativo. Mas lo cierto es que si bien ambas categorías «no se deben confundir», no cabe entre ellas la incomunicación ni el aislamiento. Recordemos a J. Ortega y Gasset⁶⁷ cuando señaló: «Toda recta sentencia sobre cómo deben ser las cosas presupone la devota observación de la realidad». En suma, el «deber ser» sirve para ordenar y enjuiciar al «ser».

En definitiva, cierto es, no se debe reducir a una mera cuestión de principios dogmáticos, sino del tratamiento técnico-jurídico de una cuestión que reclama un análisis de tal naturaleza, y si ambos fenómenos están relacionados entre sí –si bien de una forma subyacente–, de esta conexión no debe inducir a conclusiones apresuradas, como pretender endosarle al Derecho administrativo en su sentido propio, la manipulación o los déficits de su «aplicación» o de realización por parte del Estado y de su Administración pública. *¡Il' y a une petite difference, mais quelle difference!*

43.^a Por otro lado, todo Derecho aspira a la eficacia, a la efectividad. Es por ello que hoy día surge en la moderna dogmática alemana del siglo XXI, que se inscribe y entronca con la mejor tradición del Derecho administrativo como disciplina sistemática de pensadores como O. Mayer y F. Fleiner, y que encabeza Schmidt-Assman⁶⁸, la preocupación de proponer el postulado del Derecho administrativo como ciencia «de dirección» (esto es, como un Derecho que aspira a dirigir los procesos sociales), y que se asienta en la premisa de que la ciencia jurídica no puede detenerse en la construcción dogmática de reglas jurídicas, categorías, institutos sino que, además, debe preocuparse para encontrar las condiciones y los presupuestos que hagan posible que el Derecho administrativo sea eficaz y eficiente.

Así las cosas, en la actualidad, el debate parece haberse desplazado hacia otros terrenos en la búsqueda de una más eficaz acción administrativa, eso sí, dentro de las coordenadas que trazan la Constitución y el Derecho. Se trataría de un análisis o de una aproximación, en todo

⁶⁶ Gaudemet, P.M. “La enseñanza de las Ciencias Administrativas en Francia”. En *RAP*, núm. 4, 1951, 337.

⁶⁷ Ortega y Gasset, J. *Obras Completas*, Tomo III, *España invertebrada*. Alianza Editorial, Madrid, 1922, 101.

⁶⁸ Schmidt-Assman, E. *Ob. cit.*, nota 2, 27.

caso científica, por la perspectiva funcional o, lo que sería lo mismo, orientada hacia el cumplimiento y satisfacción de los fines que el (sub)sistema normativo administrativo le asigna en cada caso a la Administración pública.

Hasta ahora, los instrumentos o técnicas de dirección con los que ha contado el Derecho administrativo son las técnicas coercitivas y de ejecución (autorizaciones, mandatos, órdenes, prohibiciones, etc.). Pero es solo una cara del tema. También las «ciencias sociales» en torno al concepto de dirección han puesto de manifiesto que, junto a los instrumentos reguladores, existen mecanismos como la creación de incentivos o el uso de la información. Este nuevo análisis permite integrar nuevas formas de acción administrativa, como las que se dan en el ámbito de la resolución y ponderación de conflictos, el uso de la información y del conocimiento, las nuevas formas de cooperación o, en fin, la aplicación de las reglas inspiradas en criterios económicos, y de ahí que hoy día, la racionalidad económica y la eficacia administrativa también se convierten en parámetros de la acción administrativa (Schmidt-Assman⁶⁹).

En todo caso, la referencia o el auxilio que las demás ciencias sociales y, en particular, la «teoría de la dirección», le pueden brindar al Derecho administrativo, no significa que sus funciones hayan de devaluarse o a desembocar en una suerte de «técnica social»⁷⁰. Ahora, con esta aproximación al sistema del Derecho administrativo resultaría más fácil identificar, y solucionar, los problemas administrativos o los déficits de la Administración pública en el cumplimiento de los fines que la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico le tienen encomendados, que desde la más estrecha perspectiva centrada en un enfoque hermenéutico y normativo.

Por tanto, debería constituir un objetivo prioritario en la actualidad, como sostiene el citado Schmidt-Assman, la gestación de una «nueva metodología» que integre de modo interactivo las distintas perspectivas que aportan la teoría, la dogmática, la historia, la economía y la moderna ciencia social. Es por ello que, quien de verdad esté interesado o se dedique al Derecho administrativo de nuestro tiempo, no puede pretender seriamente estar a la altura del debate, con solo acudir al argumento de su «eliminación», por la sencilla razón que el reto de la nueva metodología resultaría muy exigente para el verdadero «investigador», que remite a cuestiones de hondo calado, puesto al tiempo que le obliga a introducirse para las profundidades del sector de que se trate, debe mantener su capacidad para la reflexión y la abstracción, camino que aún está por recorrerse.

Por último, tampoco habría reparo alguno en: 1ro., afirmar que el sistema del Derecho administrativo y las demás «ciencias sociales» que tienen por centro de estudio la Administración pública, están llamados a prestarse mutuo apoyo en el marco de aquellas cuestiones o materias cuya regulación jurídica y realidad social –administrativa o política– se superponen; y 2do., alentar con amplitud de miras, a los estudiantes y abogados, no solo a cultivar el Derecho administrativo en la teoría y en la *praxis*, sino a favorecer también su contacto con otras ciencias sociales complementarias pero, «ciertamente distintas», con las cuales se han tendido puentes donde se ha ganado significado y relevancia, como lo veremos a continuación.

V. ABOGADO IUSADMINISTRATIVISTA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

44.^a Hemos ido repasando hasta aquí los principales elementos que destacan, según nuestro punto de vista, en el tratamiento por parte de diferentes ciencias sociales de la realidad administrativa o política. En todos los casos hemos señalado los elementos específicos

⁶⁹ Schmidt-Assman, E. *Ob. cit.*, nota 2, 34.

⁷⁰ Schmidt-Assman, E. *Ob. cit.*, nota 2, 30.

que provocan, insistimos, la muy legítima preocupación por la actuación y el funcionamiento del Estado administrativo, pero también las limitaciones que se detectan desde la perspectiva formal del Derecho administrativo, que no puede dejar indiferentes a los abogados iusadministrativistas que, por profesión y vocación, tienen que estar muy atentos al acontecer del mundo jurídico.

Así las cosas, fácil es comprender, sin embargo, que no habría lugar en la ciencia del Derecho administrativo para tanto extremo ni extremosidad: 1ro., por la obra de quienes pretenden saber más infinitamente del Derecho –o de Economía, de Historia, de Filosofía, etc.– que de la Administración pública, pese a ser éste el objeto o materia de aquella ciencia jurídica; y 2do., por la obra de quienes en el otro extremo –aprovechando la distracción de la sub-cultura del buenismo que pareciera imperar en estos tiempos–, pretenden eliminar o demoler el edificio del Derecho administrativo –al grito de «¡Venimos a destruir!»–, so pretexto de dar mayor solides a sus cimientos, cuando no con la pretensión de refundarlo desde lo que habría de quedar de sus cimientos, puesto que ningún radicalismo puede dejar impasible incluso al Derecho administrativo.

En mérito a lo antes expuesto, es oportuno también traer una cita de F.C. Mosher y S. Cimmino⁷¹, que si bien está referida a la formación y perfeccionamiento del funcionario público, es también válida para la formación del estudiante o del abogado, que no solo pretende ejercer ante la Administración pública, sino también escribir o enseñar Derecho administrativo. En efecto, los mencionados autores con toda razón han hecho notar, con enorme agudeza y contundente argumentación, que la perspectiva jurídica examina de hecho el «fenómeno administrativo» desde fuera y deja al margen de su campo de investigación las fuerzas internas o externas del mismo. De ahí que refiriéndose en concreto a la formación de los funcionarios del Estado que solo consideran el aspecto exclusivamente jurídico, y que poseen una formación profesional teórica totalmente orientada hacia el Derecho administrativo, terminan por conocer solo el Derecho y no la Administración pública, con la doble desventaja de ignorar algo tan esencial para su misma especialización y creer –lo que es peor– que después de lo que han aprendido teóricamente ya, a través de los muchos y muy buenos textos de Derecho administrativo, no les queda nada por aprender de la Administración pública.

45.^a Frente a tales posiciones extremas, que forzosamente han de adolecer de unilateralidad –la simplicidad como sistema antes mutila que ilumina la realidad–, están los abogados iusadministrativistas que se hayan en una posición equidistante entre, aquél pragmático al que los árboles no dejan ver el bosque, y aquél otro teórico al que el bosque no deja ver los árboles.

Es por ello que, como notable intento de armónico ensamblaje entre ambas posturas, debemos poner en valor a una gran mayoría de integrantes de la Escuela del Derecho administrativo venezolano que, precisamente, por haberse formado tanto en la teoría como en la *praxis*, a partir de la década de los 60 del siglo pasado, construyeron un formidable foro nacional, y de resaltar cómo la *Revista de Derecho Público* fundada en 1980, con los temas prioritarios que siguen alimentando sus páginas, al dejar un elenco de aportaciones portadoras de una visión innovadora y de calidad científica, da buena cuenta de ello al cumplir vigorosamente el 40 aniversario en este año 2020, y pese a las circunstancias conocidas por todos, seguirá como referente insoslayable de la comunidad académica e investigadora en el escenario de Iberoamérica.

⁷¹ Mosher, F.C. y Cimmino, S. *Ciencia de la Administración*. Ediciones Rialp S.A. Madrid, 1961.

Es por ello que si quisiéramos avalar tal postura hoy día, y tómesese esto simplemente a título de ejemplo, siquiera altamente significativo de la vida nacional, es digno de mencionar al Maestro A.R. Brewer-Carías, fundador y director de la mencionada Revista de Derecho Público, e inequívoco *pivot* del Derecho administrativo y paradigma vocacional de la permanente transformación del Derecho administrativo, jurista con apertura hacia la historia, la sociología, la hacienda pública, las políticas públicas y demás ciencias relevantes.

Y que por eso mismo, a quien no solo cabría leer y citar, sino por sobre todas las cosas –cuando se está cada vez más escaso de referentes públicos–, seguirlo por la «ejemplaridad»⁷² de jurista, cuya obra ya de por sí solo testimonia la vitalidad que tiene el Derecho administrativo venezolano actual, junto con otros muy notables abogados iusadministrativistas nacionales cuya obra «hecha» sería larga de enumerar.

46.^a Ahora bien, volviendo al punto inicial, tal modo de comprender: 1ro., el propio Derecho administrativo y sus categorías, conceptos e instituciones y sus problemas; y 2do., su vinculación con la Constitución en general y con la Constitución administrativa en particular ha calado tan profundamente, por fortuna, que no es infrecuente encontrar artículos, ensayos o manuales de excelente factura por parte de abogados iusadministrativistas, en los que el examen de una categoría o institución jurídica administrativa se encabeza con una exposición de los principios, valores superiores y reglas constitucionales, pues estos contienen «*les têtes de chapitres*» de la ciencia jurídica que se examina y, por supuesto, con su vinculación a otras ciencias sociales complementarias.

Así las cosas, la mención de las temas administrativos basilares que fueron analizados a lo largo de esta obra (**Caps. 4 a 10**) solo han sido meros ejemplos, fácilmente multiplicables, pero que constituyen muestra inequívoca de cómo la Constitución administrativa ha sabido incorporar a su seno, las más destacadas categorías, conceptos e instituciones de la dogmática en orden a la transformación –adaptación e innovación– y enseñanza científica del Derecho administrativo, tan trabajosamente conseguidos y depurados, tras larga y laboriosa evolución durante algo más de 2 siglos; y que desde el prisma o marco constitucional, el Derecho administrativo será más idóneo a servir, no solo de contrapeso y de canon de control público en el complejo equilibrio alcanzado del dilema Poder-Libertad, sino más comprometido con la protección, la defensa y la promoción del derecho a la dignidad humana y de los demás derechos fundamentales de la persona, no solo en tiempos de situación de normalidad sino, de forma especial, en situaciones de anormalidad (Estado o derecho de excepción), frente a la actuación del Estado administrativo cuando se salga de la órbita del modelo jurídico-político de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia definido por la Constitución –no solo en su «eficacia normativa» sino en su «vigencia social»–.

47.^a En definitiva, el Derecho administrativo como el Derecho en general no son, como nos enseña M. Baena del Alcázar⁷³, un elemento estático de la sociedad sobre el que pasan los acontecimientos políticos. Justamente, al contrario, después de la Revolución Francesa y cada vez con una intensidad mayor, el «verdadero» Derecho ha llegado a ser un instrumento de ordenación social en manos de los que detentan el poder político.

Hoy las cosas han cambiado completamente y el Estado, a través del Derecho –leyes, sentencias, reglamentos y demás actos estatales, así como de los Principios Generales– y con

⁷² Véase más ampliamente el ensayo sobre la ejemplaridad como una figura ideal de dignidad. En Gomar Lanzón, J. *Ejemplaridad pública*. Taurus. Madrid, 2019.

⁷³ Baena del Alcázar, M. “El papel del Derecho administrativo en la economía”. En DA, núm. 94, 1965, 44.

mayúscula, lleva a cabo todos los días una recomposición social –para bien o para mal–, cuyo programa cotidiano son las páginas de los boletines o gacetas oficiales. Todo esto no es precisamente una decadencia del Derecho, como ha dicho G. Ripert, sino una transformación del Derecho. La corriente del decadentismo solo es un punto de encuentro en la conducta de «manipulación» en la aplicación o el ejercicio –público o privado– del Derecho.

Así las cosas, en los estudios y reflexiones de recientes autores (J.B. Auby⁷⁴) sobre el carácter dinámico del Derecho administrativo, y la necesidad de constante actualización determinada por diversos fenómenos, en ocasiones ajenos a lo «jurídico» –el empleo de algoritmos avanzados basados en tecnología artificial, o la irrupción de nuevas tecnologías como el derecho robótico, *Robot Law*–, son manifestaciones de las nuevas líneas de evolución que constituyen, sin duda, nuevos retos que tendrán una importante repercusión en las construcciones jurídicas propias del Derecho administrativo.

48.^a En esta inteligencia, para Cassese⁷⁵, tres conclusiones resultan del análisis que surge del proceso de transformación que sufre el sistema del Derecho administrativo: 1ra., el Derecho administrativo es cada vez menos estatal, aunque no por esto resulta desvinculado del Derecho, antes al contrario, aquél resulta vinculado a una pluralidad de derechos y ordenamientos; 2da., el Derecho administrativo está sometido cada vez más a las decisiones judiciales, con la consecuencia de que, al día de hoy, administrar y juzgar tienden a reunirse en una sola función; y 3ra., la irrupción de nuevos vínculos (constitucionales, convencionales, supranacionales), y la guía de la Administración pública asumida por los jueces reducen el espacio de la gestión administrativa, justamente cuando ésta es más necesaria.

A causa de las transformaciones Cassese se pregunta ¿el Derecho administrativo está realmente en crisis? A esta cuestión responde, sintéticamente que, si tal crisis existe, ésta afecta más a lo adjetivo que a lo sustantivo, porque el Derecho circunda cada vez más a la Administración pública y está en plena evolución. Y a lo dicho añade que si la crisis existe, no es tanto una crisis del Ordenamiento cuanto una crisis intelectual y, por ende, relativa a la capacidad de análisis de una ciencia jurídica habituada desde antiguo a una historia fría, sin apenas cambios, que permitía actuar por mera acumulación y perfeccionamiento de las técnicas existentes.

Y esa es la regla general, que tiene excepciones –infortunadas, si se quiere– y otras pocas más que no hacen al caso, pero que no pasan de ser eso: excepciones en el horizonte del sistema del Derecho administrativo comparado.

49.^a Lo anteriormente expuesto está muy lejos de quienes adoptan posturas que no pasan de ser sino una *boutade* que, al proclamar el déficit y los abusos («mala administración» o «mal gobierno») –siempre indeseables– de un Estado administrativo, se plantean con una ligereza –acorde con el desconocimiento sobre la esencia y evolución histórica–, de si hoy día se justifica o no la existencia de un Derecho administrativo, o de los auspicios de los agoreros que anuncian el fin del Derecho administrativo. «¿Como si fuera posible concebir un Estado sin Administración y sin otro Derecho que el alumbrado por la Revolución francesa!», incluido en el otro sistema del Estado moderno como lo es el Derecho administrativo inglés⁷⁶ dentro del *common law*, que alguno falsamente identifica con el Derecho privado

⁷⁴ Auby, J.B. (dir.) (2019). *Le futur du droit administratif*. LexisNexis, SciencePo. Paris, 2019.

⁷⁵ Cassese, S. *Ob. cit.*, nota 37, 224 y 225.

⁷⁶ Sostiene Cassese, que el Derecho administrativo inglés fue descubierto por estudiosos, profesores todos ellos de la *London School of Economics and Political Science*, revelando que la igualdad entre Administración pública y particular era un mito, porque el Estado puede expropiar, imponer

pues, como se sabe, es un Derecho que comprende desde antes de A.V. Dicey, una gran masa de leyes administrativas y desarrollado ampliamente tribunales administrativos.

Viene a resultar con ello algo tan peregrino, como si quienes cultivaran el Derecho penal o Derecho procesal penal –o cualesquiera otra ciencia jurídica–, se plantearan lo mismo o en parecidos términos, y procedieran a denostar a tales ciencias jurídicas por culpa de la realidad «judicial» o del Sistema de Justicia, que de modo sistemático profiera decisiones donde el error, la impunidad o, en fin, de cualquier otra que sea manifestación pura y dura de «denegación de Justicia», a no ser que tengan motivos suficientes para afirmar que se encuentra con mejor salud que la Administración Pública.

50.^a Con las referencias sumarias que anteceden hemos procurado dejar identificadas, aunque en corte transversal, las grandes transformaciones del sistema del Derecho administrativo y la manera de abordar los problemas administrativos, remitiendo deferentemente al lector para profundizar hacia los desarrollos que constan de las diversas y excelentes obras pública das por iusadministrativistas nacionales y extranjeros.

Y si una síntesis final es posible a este propósito, ésta debe ir en la dirección de destacar que el Ordenamiento o (sub)sistema normativo administrativo –por obra de la innegable realidad administrativa o política, entre otras causas– se encuentra en un punto de cambio: en el que se procurará llevar a sus últimas consecuencias las exigencias del modelo de Estado social y democrático de Derecho y de Justicia que, como decisiones constitucionales fundamentales son, al tiempo, «los valores básicos del Derecho administrativo» (Schmidt-Assman⁷⁷) y el cual es, radicalmente, incompatible con viejas –pero todavía existentes– tendencias autoritarias que tradicionalmente han marcado al Estado administrativo y su actuación, lo cual produce la «discrepancia» entre el sistema del Derecho administrativo en sentido propio y la indebida manipulación de su interpretación y aplicación en nuestro tiempo.

Fundamental es cierto, también, que la impostergable transformación del propio sistema del Derecho administrativo que parece imponerse ahora no sea una oportunidad perdida en términos de aproximación de los sistemas normativos en el espacio Iberoamericano⁷⁸. Innovar sobre este particular nuestro (sub)sistema normativo administrativo, pero con el mejor conocimiento de las realidades administrativas más próximas, ultrapasándose una situación histórica –pero incomprensible–, que particularmente se hubo afirmado en el espacio nacional, de déficit de ese conocimiento. No se puede reincidir en una situación que tiene su momento, de alejamiento mutuo entre el sistema del Derecho administrativo en sentido propio y la aplicación o la realidad administrativa o política.

tributos, condenar al pago de una sanción administrativa, actividades todas estas que el particular no puede ejecutar, y que se enfrentan a las conocidas tesis de Dicey, poniendo en tela de juicio con frecuencia los errores de interpretación del Derecho administrativo inglés, y la valoración tan positiva de este sistema que de aquellos deriva. No obstante, el reconocimiento pleno encuentra dificultades: en primer lugar, se ha de romper el cordón umbilical con el Derecho constitucional y donde la mayor parte de los manuales tratan las dos ramas del Derecho; y en segundo lugar, se ocupa de la patología de la Administración pública (de la justicia administrativa), en lugar de reconstruir los principios y conceptos del sector, si bien hoy día existen muchas semejanzas con el modelo del Derecho administrativo francés. Cassese, S. En *Ob. cit.*, nota 37, 65 a 68 y 98.

⁷⁷ Schmidt-Assman, E. *Ob. cit.*, nota 2, 51.

⁷⁸ Véase para el régimen de los bienes públicos Torrealba Sánchez, M.A. “Inembargabilidad absoluta de los bienes públicos: un anacronismo desde la perspectiva iberoamericana (A propósito de la sentencia 1582 del 21 de octubre de 2008 de la Sala Constitucional)”. En *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos* (A. Canónico Sarabia, Coord.). CAJO-EJV, Caracas, 2014, 139 y ss.

VI. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

51.^a Analizado el fondo y la esencia de la Constitución administrativa en lo que al diseño del modelo de Estado en sus decisiones constitucionales fundamentales refiere la obra que antecede, queda pendiente un aspecto que es más bien de índole pragmática y real. ¿Qué posibilidades hay que dicho modelo constitucional del Estado no quede en algo meramente retórico y cristalice en la vida social? ¿Estamos ante una formulación meramente abstracta y programática, sin virtualidad para incidir verdaderamente en nuestra convivencia social? Con ello se busca reivindicar una doble superioridad al desbordar los enfoques estrechos y usuales del método jurídico para indagar, con indudable profundidad en los temas, no con tono de academicista puro, sino desde la perspectiva del ciudadano de a pie, y también desde los nuevos retos del Poder Público –especialmente del Gobierno y de la Administración Pública–, y también del diálogo con las demás ciencias sociales complementarias que los estudian.

Nos encontramos ante la entrada cobijada por el pórtico de un nuevo tiempo, –y muy lejos de pretender dominar lo que se ha dado en llamar «futurológica»–, tan imprevisible como lo es anticipar la figura que surgirá en un caleidoscopio cada vez que se agita, y por ello la apasionante tarea de plantear un paradigma emergente para las reformas que el Estado y la Administración pública que nuestra sociedad reclaman perentoriamente, y superar la deriva autoritaria que ha sufrido en las últimas décadas, sin pretender desconocer que: 1ro., las grandes dificultades para reconstruir en el ámbito nacional el real Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, son palmarias y de todas clases; y 2do., la desmoralización que cada día parece dominar más nuestras relaciones que las hacen cada vez más difíciles y polarizadas.

A pesar de la antigüedad del tema, con ella también corre pareja su actualidad. Tarea urgente e impostergable, por otro lado, si hemos de responder a las también exigencias urgentes de las nuevas generaciones cuyas esperanzas tiene su justificado fundamento.

52.^a Con esta reflexión conclusiva puede comprenderse la importancia de reivindicar, con carácter prospectivo, cuáles pueden ser algunos de los desafíos más acuciantes y que, de un modo más general, o transversal, se le presentan a nuestro sistema de Derecho administrativo y al Estado administrativo partiendo de la actual realidad administrativa y política, en términos que permitan la necesaria relegitimación social.

Esta relegitimación pasa, indefectiblemente, en primer lugar, por la llamada a «repensar el Estado», con la irrupción de una nueva forma de «Estado garante»⁷⁹ como alternativa del Estado administrativo, abocado a una reforma que le permita adaptarse al cambio de sus funciones y roles tradicionales, que sepa responder al reto inmediato de situarlo en los cánones de modernización que exige el ingreso del país –con evidente retraso– al siglo XXI, dando paso a las iniciativas de reordenación con nuevos objetivos sobre la reforma administrativa, y con nuevos enfoques sobre los problemas democráticos y socioeconómicos.

Y es que, como señala Parejo Alfonso⁸⁰: «el Estado, al menos en sus formas clásicas o establecidas (...), se experimenta como inadecuado e inidóneo», por la profunda imbricación entre ese Estado y la sociedad, que caracteriza las nuevas formas contemporáneas del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. Y es que se ha ido quedando obsoleto, el modelo del Estado y de la Administración pública como actores unitarios, imparciales y garantes únicos del interés general o público, al que debe sustituir un perfil relacional, regu-

⁷⁹ Esteve Pardo, J. “La administración garante. Una aproximación”. En *RAP*, núm. 197, 2015, 20 y ss.

⁸⁰ Parejo Alfonso, L. *Ob. cit.*, nota 7, 217 y ss.

lador y cooperativo, con el impulso de las nuevas tecnologías que permitan llevar las garantías jurídicas que existen en el mundo real al mundo virtual; en suma, con sensibilidad para descubrir en las aspiraciones y los movimientos de la ciudadanía formal y sustantiva, el signo de los tiempos.

En fin, un Estado garante donde se fortalezcan la cultura de los sistemas de mérito y de integridad (códigos de conducta, conflictos de intereses, grupos de presión, etc.), sobre todo en sectores vulnerables como la contratación pública, con ética y responsabilidad para darse cuenta, lo que en la encrucijada de una nueva etapa histórica se espera del mismo, y donde se reflejen las grandes tendencias de la evolución actual, en extremo capital para la plena funcionalidad del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia definido por la Constitución, capaz de superar así la realidad administrativa y política actual.

53.^a Frente a ese estado de cosas en la sociedad de nuestros días, al Estado garante le corresponde la misión de crear un nuevo Ordenamiento jurídico institucional que, al superar la intensa actividad administrativa cada vez más interventora y autoritaria, pase a liderar las transformaciones de los modelos políticos y administrativos que se observan en los sistemas más desarrollados, mediante un conjunto de fenómenos como la preocupación por la «eficacia» con las consiguientes privatizaciones y desregulaciones; la vuelta al sentido genuino, material y realista de la descentralización administrativa y regional; de similar contextura son los problemas de racionalidad de la libre iniciática pública directa en la actividad económica, por el nuevo paradigma de la asunción y reforzamiento de la actividad de dirección, supervisión y control; los instrumentos de reducción de la burocracia y la corrupción, la generación de mercados internos y competitividad, y un gran etc., tratando de centrar el ámbito de actuación que le es propio como Estado garante, siendo como es el instrumento configurador por excelencia de la vida social, porque para implantar el bien común –*favor publicum*–, el bienestar social no solo basta con las leyes, las sentencias y los demás actos estatales, pues no se trata solo de declaración del Derecho, sino de remediar necesidades individuales y colectivas concretas y perentorias (por ejemplo, las pandemias).

Y, por supuesto, mucho menos con el solo libre juego de las «leyes del mercado», que son un factor de regulación de la economía pero no de la sociedad. Recientemente –por poner un caso bien actual y concreto en tiempos de pandemia–, se puso de manifiesto cómo la falta de interés económico de las empresas de telecomunicaciones que dominan el mercado, aisló aún más la España «vacuada», contraviniendo incluso el desiderátum de la idea de A. Smith⁸¹ en sus lecciones de trascendencia fundamental, con la metáfora económica de que cada individuo deberá actuar en su propio interés, pero siempre y cuando se mantenga dentro de los límites de las buenas costumbres. Ahora, si y solo si esa competitividad se desarrolla dentro del marco de los derechos fundamentales garantizados por el Estado, solo entonces será la «invisible hand» la que contribuirá a un desarrollo armonioso del mercado y de la competencia. Sólo de esta manera es que el interés propio serviría de palanca del interés general que, en el ejemplo traído al caso, es alcanzar la solidaridad y la cohesión territorial.

54.^a En segundo lugar, según lo propone Martín-Retortillo Baquer⁸², se impone una mayor presencia del Derecho administrativo, pero no del Derecho administrativo de los privilegios y prerrogativas, de límites y de prohibiciones –poder–, sino del Derecho administrativo del cumplimiento o satisfacción del interés público centrado en la dignidad humana y los

⁸¹ Smith, A. *La riqueza de las naciones (Libros I-II-III y selección de los Libros IV y V)*. Estudio preliminar C. Rodríguez Braun, Primera Reimpresión. Madrid, 1996, 551 y 554.

⁸² Martín-Retortillo Baquer, L. *Ob. cit.*, nota 51, 40.

demás derechos fundamentales –persona–: en suma, del Derecho del poder al Derecho de las garantías de la persona.

De ahí que, en cierto modo, es válida aquella afirmación de que el Derecho administrativo no «es»; el Derecho administrativo «está siendo». Seguirá forjándose trabajosamente como sistema complejo, abierto, lo cual significa cuestionar la permanencia de los dogmas –o de algunos de ellos–, pero con nuevos enfoques o análisis serios del método jurídico de actualización y puesta al día. Por otro lado, intentar mantener dogmas o criterios exclusivamente jurídicos no es fácil, por lo que resulta necesario, asimismo, no descuidar y reforzar los enfoques interdisciplinar y prospectivo sobre las cuestiones doctrinales generales y sectoriales de los conceptos jurídicos, económicos, políticos y de otras ciencias sociales complementarias, para afrontar los nuevos retos que plantea la vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo.

Y en este orden de ideas, señala Martín-Retortillo Baquer⁸³, es así cómo aparecen nuevos significados, se amenguan otros, a veces se paralizan para luego reaparecer, pasan las modas y los ejemplos foráneos, pero al final podemos concluir que el edificio del sistema del Derecho administrativo, levantado por una pléyade de eminentes juristas provenientes de los diversos modelos jurídicos del mundo occidental, permanece en su esencia con sus señas de identidad, y cuyas aportaciones todavía siguen vivas entre nosotros. Lo que significa que las más importantes construcciones conceptuales del sistema del Derecho administrativo, con las adaptaciones oportunas, seguirán siendo válidas y de enorme utilidad. Milagrosamente nacido, el Derecho administrativo subsiste gracias a un prodigio diariamente renovado según P. Weil⁸⁴, y por ello el signo del Derecho administrativo: un permanente proceso de actualización e innovación: en suma, de «transformación» desde que se consolidó como tal, según el conocido título de L. Duguit⁸⁵ que ya cumplió la nada despreciable cifra de más de 100 años.

55.^a En tercer lugar, qué duda cabe, también es imprescindible que se haga presente el abogado iusadministrativista, y si bien no es que se espere de él la grandeza de cambiar la Historia misma –consciente de las grandes dificultades por superar–, pero sí que cada uno de inicio al cambio, así sea un poco, y del conjunto de todas y cada una de las aportaciones con honestidad intelectual –fundadas y probadas– y pensamiento crítico –desde la ecuanimidad y el respeto a aquello que juzga–, y sin caer ni en el dogmatismo ni en la opinión totalitaria, se plantee un constante debate institucional, jurídico y doctrinal en el reto de la «racionalización» del Estado garante, como utopía permanente o principio de orden inexcusable –organización y actividad– que, al fin y al cabo, redundará en un movimiento de innovación, revalorización y enseñanza científica integral del sistema del Derecho administrativo.

Y por último –pero no en importancia–, y con ello en absoluto incurrimos en un contradictorio, recordar que la ciencia jurídica no obra como Penélope destejiendo a cada noche lo que hizo en el día; por el contrario, trenza cada nuevo saber sobre el anterior, y elabora los

⁸³ Martín-Retortillo Baquer, L. *Ob. cit.*, nota 51, 39 y 40.

⁸⁴ Weil, P. et Pouyaud, D. *Le Droit Administratif*, 24^{ème} ed. PUF, Col. Que sais-je?, Paris, 17 2010; y Weil, P. *Derecho administrativo*, trad. española. Ed. Civitas, Cuaderno Civitas. Madrid, 1986.

⁸⁵ Duguit, L. *Les transformations de Droit public*. Paris 1913; y Duguit, L. *Las Transformaciones del Derecho Público y Privado*. Ediciones Colmenares. Madrid, 2007.

nuevos conocimientos sobre los que ya existen⁸⁶. No es más que recordar algo perfectamente simple: 1ro., siempre hay que releer a los clásicos, por cuanto es indudable que muchas de las conclusiones a las que llegaron otras muchas de las señas de identidad, a partir de las cuales se construyó el Derecho administrativo son perfectamente trasladables y utilizables en nuestro tiempo, ya que después de todo, como alguien dijo una vez, los clásicos nunca terminan de decir lo que han de decir; y 2do., llamar la atención sobre la importancia de los estudios de Derecho administrativo comparado, pues siempre han sido determinantes para llevar a cabo los esfuerzos de innovación jurídica.

Por todo lo anterior, entre las ciencias sociales, a la que corresponderá el papel más importante, seguirá siendo siempre el Derecho administrativo, *tout court*, cumpliéndose así la deseable profecía de Schmidt-Assmann⁸⁷ cuando afirma: «El Derecho Administrativo continuará manteniendo por ello una posición central en el sistema jurídico». En nuestro tiempo, el cambio se habrá de dar, en principio, de manera generalizada como plasmación de la experiencia de nuestra más reciente historia, en la idea de una impostergable innovación del sistema de Derecho administrativo, cerrándose así una etapa funesta de la realidad nacional en su propia esencia cíclica.

Y no deseo extenderme más en esta reflexión por razones de espacio –por fuerza incompleta, de propósito limitado, pero de gran trascendencia–, de parte de la temática que plantea una obra sobre la Constitución administrativa, en lo que nos parece más acuciante, más de nuestros días. Por ello son más bien unos apuntes –con lagunas de las que estoy consciente– sobre el reto del Derecho de ser «administrativo», *tout court*, acorde con el tiempo, y que precisará un tratamiento más amplio y más acabado. Por de pronto queriendo destacar en los apuntes –siendo partidario de la copa medio llena y no de la medio vacía–, la función estimuladora por sobre todo de lo que tienen de afirmativo, de positivo y, en fin, de alentador de todo aquello que nos permita mirar esperanzadamente hacia el porvenir para la formación intelectual de las futuras generaciones de abogados iusadministrativistas.

Ahora sí, ya para para cerrar, me permito invocar y compartir de nuevo las palabras de Martín-Retortillo Baquer⁸⁸ cuando afirma:

De modo que, lejos de nosotros las tentaciones derrotistas o abandonistas, sino todo lo contrario. ¡Muy importantes reglas, muy importantes principios!

⁸⁶ Villabella Armengol, C.M. “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones”. En *Metodologías: enseñanza e investigación jurídica*, UNAM_III, México, 2015, 930. <http://biblio.juridicas.unam.mx>

⁸⁷ Schmidt-Assman, E. “El Derecho Administrativo General desde una perspectiva europea”. En JA, N° 13, 2001, 25.

⁸⁸ Martín-Retortillo Baquer, L. *Ob. cit.*, nota 51, 41.

Miranda y las revoluciones del mundo moderno: Estados Unidos de América, Francia y América Latina

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *Uno de los personajes más extraordinarios y universales del mundo moderno fue Francisco de Miranda, quien entre sus múltiples facetas tiene la de haber sido el único oficial que participó entre 1782 y 1812 en las guerras que se sucedieron luego de la Revolución de Norte América, de la Revolución Francesa y de la Revolución en su país natal, Venezuela, que fue el inicio de la Revolución Hispanoamérica. Este trabajo es una aproximación a ese periplo histórico sobre sus acciones civiles y militares.*

Palabras Clave: *Francisco de Miranda. Revolución Norteamericana; Revolución Francesa; Revolución Hispano Americana.*

Abstract: *One of the most extraordinary and universal characters in the modern world was Francisco de Miranda, who among his many facets has that of having been the only officer who participated between 1782 and 1812 in the wars that followed the North American Revolution, the, French Revolution and Venezuelan Revolution, the origin of the Latin American Revolution. This work is an approach to that historical journey about his civil and military actions.*

Key words: *Francisco de Miranda. American Revolution; French Revolution; Latin American Revolution.*

Francisco de Miranda fue un hombre visionario, quien concibió antes que nadie, la idea de la independencia de América Hispana, de la cual fue el principal promotor y propagandista durante casi 30 años antes de que dicho proceso se iniciara en 1810. Y ello lo hizo partiendo de los principios del constitucionalismo moderno que comenzaban a ser configurados, precisamente en su propio tiempo, derivados de las revoluciones norteamericana y francesa de finales del siglo XVIII; acontecimientos que coincidieron con su vida adulta.

Con dicho propósito en mira, y con base en sus estudios, lecturas y vivencias personales respecto de esos acontecimientos que efectivamente estaban transformando la historia, Miranda elaboró detallados planes y propuestas buscando convencer a gobernantes en todos los países en los cuales estuvo, sobre la necesidad de la independencia de Hispano América.

Resultado de todo ello fue, por ejemplo, el apoyo que recibió, entre otros y por supuesto cada uno a su manera, de Catalina la Grande de Rusia; del primer ministro británico William Pitt; del ministro y miembro de la Convención Jacques Pierre Brissot, quien fue el líder de los Girondinos en Francia; de Alexander Hamilton, el destacado secretario del Tesoro del presidente George Washington, y fundador del Partido Federalista en los Estados Unidos; y del Presidente Thomas Jefferson y su secretario de Estado James Madison.

El solo hecho de que una misma persona, a finales del siglo XVIII, haya podido haber conocido y tratado personalmente a esos seis distinguidos gobernantes, en partes tan lejanas y separadas entre sí en el mundo occidental, y haber discutido con ellos sus propios planes y propósitos, ya lo coloca en una situación excepcional y extraordinaria en su tiempo.

Miranda, para tratar de ejecutar esos proyectos, puede decirse que se preparó durante toda su vida, dejando testimonio escrito de los mismos en diversos documentos y, entre ellos, por ejemplo, en el proyecto de Constitución que preparó en 1789 para todo el Continente americano, conforme a la orientación de la Constitución inglesa, y cual explico a John Adams, segundo presidente de los Estados Unidos,¹ llegando incluso en sus escritos, al detalle de visualizar y explicar la posibilidad de un canal de navegación interoceánico, no sólo por el istmo de Panamá, sino también por el lago de Nicaragua.²

Pero ese extraordinario hombre visionario, sin embargo, no siempre supo o pudo ejecutar con éxito sus proyectos, y sus intentos siempre estuvieron rodeados de persecuciones, de amargas desilusiones, de fracasos, de traiciones y de prisiones, y con ello, de olvido. En la literatura norteamericana, por ejemplo, solo se lo recuerda por la fallida Expedición que organizó en 1806 para invadir Venezuela con un puñado de mercenarios reclutados en el puerto de Nueva York, originando un gran escándalo político en los propios inicios de la diatriba interpartidista norteamericana en tiempos en los que gobernaba el tercer presidente de los Estados Unidos Thomas Jefferson, y su Secretario de Estado, James Madison.³ Con ambos se reunió, y si no tuvo el apoyo oficial de ellos, tampoco tuvo su objeción. Sin embargo, al ser juzgados el jefe del Puerto de Nueva York, y el armador del *Leander*, como se llamó el barco adquirido para la expedición, por contribuir a montar en suelo norteamericano una expedición contra una nación amiga, y estar Miranda involucrado directamente en los hechos, ni Jefferson ni Madison testificaron en juicio, dejándole a Miranda un saber amargo de su relación con ellos, aunado al fracaso de la expedición que con tanto detalle había preparado y emprendido. Por ella fue además condenado, como traidor, en las Provincia de Venezuela, habiendo sido quedadas a mano del verdugo, con ruidosa solemnidad, en la plaza mayor de Caracas, las proclamas que dejó en Coro junto con su plan de gobierno, la bandera

¹ En carta de 24 de marzo de 1789, Miranda le explicó al presidente Adams su propuesta de optar “por un Jefe del Poder Ejecutivo hereditario, que tomará el nombre de Inca, y será escogido con particular agrado de mi parte, entre nuestros compatriotas mismos. Tendremos también un Senado electivo, en el que tomarán asiento los hombres de las clases principales, y una cámara de origen y carácter popular, pero cuyos miembros deberán ser propietarios.” Véase el texto carta en Francisco de Miranda, *América Espera* (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), Biblioteca Ayacucho, Caracas 1992, pp. 221-224. Miranda elaboró estas ideas posteriormente en sus: “Proyecto de Constitución para las Colonias Hispanoamericanas,” de 1798; “Proyecto de Gobierno Provisorio” (*Esquisse de gouvernement provisoire*) de 2 de mayo de 1801, y “Proyecto de Gobierno Federal” del mismo año, *Idem*, pp. 285-292. Igualmente véase en Francisco de Miranda, *Textos sobre la Independencia*, Academia Nacional de la Historia, 1959, pp. 67-88.

² En el texto resumen de la conferencia que tuvo con el Ministro William Pitt en su casa de Hollywood el 14 de febrero de 1790, Miranda también se refirió a “la posibilidad de formar sin mayor dificultad un canal de navegación en el istmo de Panamá, que facilite el comercio de la China, y del Mar del Sur, con innumerables ventajas para la Inglaterra, América...”; y en el Acta de París de 22 de diciembre de 1797 suscrita con otros Precursores, se convino en “El paso o navegación por el Istmo de Panamá, que de un momento a otro debe ser abierto, lo mismo que la navegación por el lago de Nicaragua, que será igualmente abierto para facilitar la comunicación del Mar del Sur con el Océano Atlántico.” Véanse los textos en Francisco de Miranda, *América Espera* (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), *cit.*, pp. 106 y 196.

³ Véase en “General Miranda's Expedition,” en *Atlantic Monthly*, Vol. 5, N° 31, Boston May, 1860.

tricolor que enarboló y su propia esfinge. El Cabildo de Caracas, además, fijó precio por su cabeza y el Tribunal de la Inquisición de Cartagena lo declaró “enemigo de Dios y del rey.”⁴

Pero aparte de ello, de resto, Miranda cayó en el olvido en la historiografía norteamericana donde solo se lo menciona incidentalmente en las biografías de los Padres Fundadores por la relación personal que tuvo con ellos. Pero lo más trágico fue que Miranda también, durante mucho tiempo, igualmente pasó al olvido en el mundo hispanoamericano, que es donde tiene importancia, en gran parte por los esfuerzos de muchos historiadores por eliminarlo de la escena histórica de Venezuela, junto con tantos otros próceres civiles olvidados.⁵ Todo ello, en gran parte, producto de la fuerza bruta del militarismo que a partir de 1812 se apoderó de Venezuela y de su historia, arraigándose en el suelo de la República.

Ello ha sido así, lamentablemente, en tal forma y a tal nivel que, por ejemplo, al cumplirse hace 4 años los doscientos años del fallecimiento de Miranda, en Caracas, en lugar de celebrarse sus aportes a la independencia y a la construcción del Estado constitucional en los orígenes de la propia República, el Gobierno lo que organizó fue un acto militar, para, primero “ascenderlo” al *grado de Almirante en Jefe post mortem*,⁶ a pesar de como destacado oficial del Ejército español solo actuó brevemente durante tres años (1780-1783) en acciones navales en la guerra de España contra las fuerzas británicas en el Caribe en apoyo de la independencia norteamericana; y segundo, producto de una ignorancia risible, para vincular sus años en Francia con las ejecutorias de la Revolución francesa, respecto de cuyos efectos, al contrario, no sólo siempre se opuso,⁷ sino que los sufrió en carne propia en la época del Terror. Se desconoció así, por lo visto, que durante ese período que estuvo en Francia (1792-1798) solo actuó como Comandante en Jefe de los Ejércitos del Norte, en Bélgica, habiendo luego sufrido la persecución política por parte de los Jacobinos al punto de haberlo encarcelado durante casi tres años (1793-1795).

El colmo de la ignorancia y de la manipulación histórica en esa celebración en Caracas, llegó al extremo de vincular a Miranda con ideas socialistas.⁸

⁴ Véase en Francisco de Miranda, *América Espera* (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), Biblioteca Ayacucho, Caracas 1992, p. 361.

⁵ Véase Giovanni Meza Dorta, *El olvido de los próceres*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012.

⁶ Véase en *El Universal*, 14 de julio de 2016, en http://www.eluniver-sal.com/noticias/politica/honran-francisco-miranda-con-grado-almirante-jefe-post-mortem_337044.

⁷ En carta dirigida a Alexander Hamilton desde Londres el 6 de abril de 1798, le expresó que “Parece que el momento de nuestra Emancipación se acerca y que la instauración de la Libertad en todo el Continente del Nuevo Mundo nos está confiada por la providencia. El único peligro que intuyo radica en la introducción de los principios franceses, los cuales emponzoñarían a incipiente Libertad, acabando pronto con la suya propia.” Y en las Instrucciones que dio a P. J. Cano en la misma fecha para sus entrevistas en Filadelfia con el presidente John Adams y con Alexander Hamilton, le exigió que al viajar a Santa Fe le hiciera sentir a los Jefes y personas principales del país “la necesidad de prevenir por todos los medios posibles el que los principios o sistema jacobino se introduzcan en nuestro Continente; pues por este medio, la Libertad, en lugar de la cura, encontrará luego el sepulcro; como lo prueba toda la historia de la revolución francesa y como lo experimentan por desgracia en el momento actual las infelices repúblicas de Suiza, Venecia, Génova, Lucca, etc.; igualmente que toda la Europa más o menos.” Véase en Francisco de Miranda, *América Espera* (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), Biblioteca Ayacucho, Caracas 1992, pp. 221-224.

⁸ Véase “Miranda Socialista,” editorial de *El Nacional*, Caracas 16 de julio de 2016, en http://www.el-nacional.com/opinion/editorial/Miranda-socia-lista_19_885101483.html. (NE)

En todo caso, al aproximarnos ahora a la vida de Miranda, sin desdeñar sus ejecutorias militares entre 1792 y 1810, todas exitosas, en África, en El Caribe, en Francia y en Venezuela, lo más importante sobre ella son las facetas vinculadas con los aportes que le dio al proceso de la Independencia de la América hispana, propagando ideas y proyectos sobre la misma durante un largo período de casi 30 años a partir de 1783, período durante el cual, en paralelo, fue permanentemente perseguido por las autoridades españolas por todo el mundo conocido de dos continentes. Los agentes de la Corona, sin embargo, a pesar de todos los esfuerzos realizados para aprehenderlo, no lo pudieron lograr, y solo lo encarcelaron cuando fue vilmente entregado a sus perseguidores en 1812, en su propia tierra, por sus subalternos, para la propia sorpresa de los españoles.

Sí, Miranda fue apresado por sus propios oficiales subalternos durante la noche del 30 de julio de 1812, y entregado a las fuerzas militares españolas que habían invadido y ocupado Venezuela después de la declaración de su independencia de España en 1810, habiendo estado entre sus captores, entre otros, Simón Bolívar, uno de sus oficiales de confianza en el Ejército republicano.

Después de esa noche, tal como lo expresó en carta a su esposa dos años después, en 1814, “por la perfidia de uno y la infamia de otros” Miranda permaneció encarcelado cuatro años sumergido en los calabozos de los Castillos de San Carlos en La Guaria y de San Felipe en Puerto Cabello, en Venezuela, y luego en el Castillo del Morro en San Juan de Puerto Rico, hasta que en 1814 fue transferido a la prisión de las Cuatro Torres en el Arsenal de La Carraca, cerca de Cádiz, donde después de otros dos años de prisión como reo de Estado, sin que se hubiese desarrollado juicio alguno en su contra, falleció, solo y abandonado, el 14 de julio de 1816, a los 66 años de edad, cuando ya tenía incluso todo arreglado para escapar de prisión.

Hasta por estos trágicos y finales avatares de su vida, Miranda fue sin duda una persona realmente extraordinaria, tanto en su época, como en la historia. Como lo describió el historiador norteamericano William Spencer Robertson, su primer y más importante biógrafo, Miranda fue:

“Precursor, Caballero Errante y Promotor de la libertad hispanoamericana. Fue el primer sudamericano ilustrado que realizó un viaje por los Estados Unidos y por Europa. Su vida ofrece un interés incomparable, porque fue el único personaje de su tiempo que participó en la lucha por la independencia de las Trece Colonias [norteamericanas], la Revolución Francesa y la guerra de liberación de la América hispana.”⁹

Miranda, en efecto, nació en Caracas en 1750, habiendo dejado Venezuela en 1771, al terminar sus estudios universitarios en el *Colegio de Santa Rosa* de Caracas, origen de nuestra Universidad Central, pocos años antes de la declaración de independencia de los Estados Unidos de América (1776).

Viajó a España llevando consigo el rechazo al fanatismo, a la intolerancia y a la opresión que prevalecía en la Provincia de Caracas, tal como ocurría en toda América, dominada por una oligarquía criolla de propietarios descendiente de españoles, que discriminaba incluso a los propios españoles, como ocurrió con su propio padre, comerciante nacido en las Islas Canarias. Como lo explicó Antoine Quatremère de Quincy, contemporáneo de Miranda:

⁹ Véase William Spence Robertson, *The Life of Miranda*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill 1929, vol. 1, p. IX.

“Miranda amaba demasiado a su tierra para quedarse en ella. Juró no volver allí sino con la libertad. Pero la libertad es una ciencia, quiso aprenderla. Fue en el gran libro de las naciones de Europa que él deseó hojear las páginas de la tiranía. Deseaba ardientemente forjar en sus propios arsenales, las armas que debían combatirla.”¹⁰

Y así fue, de manera que desde cuándo inició su viaje a España en 1771, el joven Miranda comenzó a hacer anotaciones minuciosas de todas sus actividades, de lo que hacía, oía y veía y, además, comenzó a recolectar documentos informativos de todo lo que consideraba de interés, lo que no dejaría de hacer por el resto de su vida. Ello dio origen a su extraordinario *Archivo*, que lo acompañó siempre, y que completaría con su constante obsesión de adquirir libros, que leía y estudiaba, aprendiendo para ello tanto el inglés como el francés, con los cuales formó una extraordinaria biblioteca con no pocos libros prohibidos por la Inquisición. Por esa información que desde temprano había acumulado, era, sin duda un hombre peligroso, por lo que la Inquisición pronto lo perseguiría implacablemente. Por ello, avisado de que sería presado, en 1783 abandonó el ejército español al cual servía en Cuba, viajando a los Estados Unidos de Norte América, precisamente cuando las antiguas Colonias venían de terminar la guerra de independencia contra el Reino Unido.

Pero volviendo a su llegada a España en 1771, Miranda, tan pronto llegó a Cádiz, y una vez trasladado a Madrid, se alistó en Regimiento de Infantería de la Princesa, adquiriendo el grado de capitán. Ello lo llevó de vuelta a Cádiz, y luego a Granada, a Toledo, a Ceuta y Melilla, donde participó en la guerra contra Marruecos en 1776. Con posterioridad, precisamente a raíz de la declaración de independencia de las Colonias norteamericanas del Reino Unido ocurrida ese mismo año, estando España, junto con Francia, en guerra contra Inglaterra, con motivo del envío de una poderosa flota hacia el Caribe para intervenir en dicha guerra al mando del general Juan Manuel Cajigal, amigo de Miranda, ello le permitió lograr dos propósitos que había definido durante su estadía en España, y que eran, ser transferido a la Marina, y viajar a América. Y así fue que atendiendo al llamado de Cajigal, quién había sido nombrado Gobernador y Capitán General de la isla de Cuba, logró su anhelo de salir de España en 1780, no sin que antes se le hubiese comenzado a armar un expediente por el Tribunal de la Inquisición.

Desde La Habana, a favor de la independencia norteamericana, Miranda participó en la toma de las posesiones inglesas en Pensacola en el Golfo de México, y en las islas Bahamas, habiendo incluso negociado las capitulaciones respectivas con los ingleses, pues para entonces ya dominaba el inglés, habiendo tenido a su cargo, además, una misión secreta en Jamaica con la excusa de un canje de prisioneros. Sin embargo, sus éxitos, como ocurre tanto en la historia de los hombres, en lugar de reconocimiento, lo que hicieron fue desempolvar el viejo expediente de la Inquisición, al punto de que en 1782 ya tenía orden de arresto en su contra. Con el consentimiento del propio Gobernador Cajigal, se escondió y al poco tiempo se embarcó hacia las costas de las Carolinas en América del Norte, explicándole por escrito, con razón, que no era “prudente” que permaneciera en Cuba ni que viajara a España, considerando en cambio que era una “medida de precaución indispensable” el evitar ser detenido, pues sabía que ello lo anularía. La sabia Prudencia, a la cual los hombres no debemos dejar de oír, le recomendó salir de Cuba, y así poder volar hacia la historia.

En los Estados Unidos, durante algo más de un año, entre 1783 y 1784, siempre respaldado de cartas de presentación y referencia, recorrió todas las antiguas colonias de América del Norte, conociendo y tratando a todas las personas destacadas de la vida política, militar y

¹⁰ Véase la semblanza de Quatremère de Quincy en Francisco de Miranda, *América Espera* (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), Biblioteca Ayacucho, Caracas 1992, p. 161.

social de las mismas, con un especial interés en conocer las instalaciones militares que habían quedado de la guerra. Así, conoció y trató a los líderes más importantes de la Revolución Americana (Washington, Hamilton, Jefferson, Adams, Paine, Knox, Lafayette, entre otros), con quienes incluso comenzó a discutir sus propios planes de liberación para “Colombia” como así llamó a la América Hispánica. Por ello, el mismo Miranda diría años más tarde (en 1792), que “fue en el año 1784 en la ciudad de New York, donde se formó el proyecto actual de la Independencia y Liberación de todo el Continente Hispanoamericano,”¹¹ entre otros factores, por su trato en esa ciudad con Tomás Paine, el ideólogo de la revolución Norteamericana.

Sobre su conocimiento respecto de la realidad de las 13 ex Colonias norteamericana basta recordar el testimonio de John Adams, quien expresó que:

“Es una opinión generalizada que en los Estados Unidos nadie conoce mejor o más que Miranda, las familias, grupos y relaciones del país y que ningún oficial de nuestro ejército ni ningún hombre de Estado de nuestros consejos, conoce mejor o más que él de ninguna campaña, sitio, batalla o refriega que se haya dado durante toda la guerra.”¹²

Pero la persecución política por parte de España, por el abandono de sus funciones en el ejército y por evadir ser apresado por la Inquisición, no se hizo esperar, razón por la cual a fines de 1784 ya se había embarcado de prisa en Boston para viajar a Londres. Desde allí, a través del Embajador español que lo vigilaba, trató de entrar en contacto con las autoridades de la Corona españolas, infructuosamente por supuesto, lo que afianzó sus planes de volar hacia el conocimiento, emprendiendo desde Londres, en compañía del coronel William Stephens Smith, secretario de la legación norteamericana, y a quien había conocido en Filadelfia cuando era ayudante de campo de George Washington, un viaje de observación militar hacia Prusia (1785).

Para Miranda, el viaje se convertiría en un largo trayecto de observación y aprendizaje, único, por toda Europa, que duró cuatro años. Visitó Holanda, Sajonia, Praga, Austria, Italia, Egipto, Trieste, Grecia, Constantinopla, el Mar Negro, llegando a Crimea, península como volvió a suceder hace pocos años, recién había sido anexada al Imperio ruso (1786).

De allí, después de reunirse con Gregory Potemkin, príncipe de Táurida y favorito de la emperatriz Catalina de Rusia, viajó con él a Kiev como invitado del gobierno imperial (1787). De la Emperatriz no sólo obtuvo un apoyo efectivo para sus proyectos con respecto a la América española, sino además protección política y diplomática inmediata frente a la persecución española. Y así, luego de un año de estar en Rusia, en 1787, desde San Petersburgo, con pasaporte ruso y bajo nombres falsos (Meyrat, Meroff), viajó por Suecia, Noruega, Dinamarca, los Países Bajos, y Suiza, llegando a Marsella en 1788. De allí pasó a Versalles, habiendo sido testigo de excepción en junio de 1789, de la instalación de la Asamblea Nacional francesa, la institución que haría la Revolución. Salió de Francia hacia Londres, que era su destino, en ese mismo mes de junio de 1789 habiéndose perdido la Toma de la Bastilla y los acontecimientos posteriores.

¹¹ Véase en el Manifiesto “para Gensone”, París 10 octubre 1792, quien debía hacer el manifiesto para la Independencia, en Francisco de Miranda, *América Espera* (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), *cit.*, p. 120.

¹² Véase en la obra de Charles Francis Adams, *The Works of John Adams, second President of the United States, with a Life of the Author, notes and illustrations by his grandson*. Little, Bown and Company, Boston 1856. Véase en <http://www.franciscodemiranda.info/es/documentos/adams-letter.htm>.

En Londres comenzó el proceso de penetrar en el mundo político británico para su proyecto americano, llegando a reunirse con el primer ministro William Pitt en junio de 1790, con quien tuvo múltiples contactos, pero a la larga sin conseguir el apoyo que buscaba. De manera que habiendo ya estallado la revolución en Francia, viajó a París en 1792, donde entró en contacto con los principales hombres del partido Girondino, como Brissot, Pétion (Alcalde de París), Roland, Dumouriez (Ministro del Interior), Servan (Ministro de Guerra), y con antiguos conocidos como Thomas Paine, con quien había entrado en relación en Nueva York en 1784, donde como antes indiqué Miranda situó el inicio de su proyecto de independencia para la América Hispánica.

Estando en París, de agosto de 1792 se produjo el cierre de las fronteras como consecuencia de la insurrección contra la Monarquía que condujo a la detención de Luis XVI y su familia, y a la decisión de Asamblea Nacional a abolirla. Miranda no pudo salir de Francia, de manera que al producirse la invasión de la Champagne por las fuerzas de Prusia, y por el peligro en el cual se encontraba Francia por los avances de tropas de las Monarquías europeas en defensa del absolutismo, ello hizo que sus amigos le ofrecieran incorporarse al ejército francés con el rango de mariscal de campo, bajo el mando del general Charles Dumouriez (1792).

Y así fue su vínculo tardío pero indisoluble con la Revolución, de carácter militar, habiendo sido reconocidas sus acciones destacadas como Comandante de los Ejércitos del Norte en el hecho de que su nombre está inscrito en el Arco de Triunfo de París; el único americano en tener ese reconocimiento universal.

En esa guerra de Francia contra las potencias europeas, sin embargo, los éxitos de Miranda de nuevo originaron envidias, viéndose envuelto en las acusaciones que se hicieron contra el general Dumouriez por traición, por querer restaurar la Monarquía en Francia. Aún cuando Miranda nada tenía que ver con ello, terminó siendo perseguido por Robespierre y Marat, jefe de una de las facciones (Montagnard) de los Jacobinos, quienes luego de la abolición de la Monarquía ya gobernaban Francia. Miranda fue detenido el 24 de marzo de 1793 y sometido a juicio ante el Tribunal Revolucionario de París. Defendido por el abogado Claude François Chauveau-Lagarde, con base en sus propios argumentos que puso por escrito,¹³ y con el testimonio, entre otros, del mismo Thomas Paine, Miranda fue liberado el 16 de mayo de 1793.

¹³ Su abogado defensor, Chauveau-Lagarde, en los alegatos ante el Tribunal revolucionario, sobre Miranda diría luego de destacar sus éxitos militares: "Tal es el hombre, ciudadano, a quien la calumnia ha citado ante vosotros, como reo de alta traición. Si se dijera que Catón y Bruto fueron traidores; que los marseleses, los vencedores de la Bastilla, y los franceses son cobardes; que los jurados son injustos, y que este tribunal, es anti-revolucionario ¿quién lo creería! Pues bien, cuando se dice que Miranda ha hecho traición a la República, se dice lo mismo en otros términos. No, ciudadanos; injustos los jurados, anti-revolucionario este tribunal, cobardes los franceses, y Miranda, Catón y Bruto culpables de traición: he aquí cosas que nadie en el mundo puede creer." Por ello, Jerónimo Pétion en una respuesta al largo libelo de Maximiliano Robespierre: concluía: ¿Y es á tal hombre á quien Robespierre no vacila en herir con cierta especie de ferocidad? No lo ataca como á reo, sino afirma que es culpable. Cobardes! Esperad a lo menos que se le haya oído: será entonces tiempo de sentenciar, de castigar ó de absolver." Véase los argumentos y legajos de la defensa de Miranda en Francisco de Miranda, *América Espera* (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), *cit.*, pp. 127 ss. y pp. 245-247. Véase el texto, además, en Aristides Rojas, *Miranda en la revolución francesa*, *op. cit.*, pp. 245-247, 220.

Luego del juicio, Chauveau-Lagarde, diría de Miranda:

“El día más hermoso de mi vida ha sido aquél en que defendí a Miranda. Declaro que jamás he conocido hombre que me haya inspirado más estima, y más diré, ni más veneración. Es imposible tener más grandeza de carácter, más elevación de ideas, ni un amor más verdadero a todas las virtudes. No es preciso ser más preciso en las respuestas, más claro en las explicaciones, más fuerte en el razonamiento, más enérgico en todo lo que emana del sentimiento; y sobre todo, tener más de esa calma imperturbable que solo es fruto de una sana conciencia.”¹⁴

Pero con el poder en manos de los Jacobinos, quienes impusieron el régimen del terror, no pasó mucho tiempo sin que Miranda fuera de nuevo encarcelado en julio de 1793, y sólo fue después de que el mismo Robespierre y sus otros perseguidores fueran guillotinado, cuando recuperaría la libertad en enero de 1795. Igual ocurrió con el mismo Thomas Paine quien también había sido encarcelado por Robespierre, salvándose de la guillotina solo por la propia muerte de Robespierre.

Miranda permaneció en París incorporado a la vida intelectual de la capital y de nuevo ocupándose del tema americano. Allí publicó sus primeros estudios en su propia defensa, con cartas a Dumouriez y sobre la situación de Francia, y el 22 de diciembre de 1797 firmó en París, con otros “representantes de los pueblos y provincias de América,”¹⁵ entre ellos José del Pozo y Sucre y José de Salas, la llamada “Acta de París” en la cual se proclamaba la “independencia” de las provincias americanas.

Luego de haber sido de nuevo encarcelado y amenazado de deportación por el mismo Fouché, Jefe de la Policía, decidió regresar a Londres, lo que hizo en enero de 1789, escapándose de la policía disfrazado de mercader, con el nombre de Leroux. Al llegar a Londres de nuevo buscó contacto con el Primer Ministro, William Pitt, quien esta vez comenzó a prestarle más atención a sus planes de independencia de América española.¹⁶

Después de fijar su residencia en Londres en 1800, siguió en el proceso de difusión de las ideas sobre la independencia americana publicando libros, revistas y editoriales, y estableciendo todo tipo de contactos con los hombres del mundo americano que lo tuvieron en Londres como punto de referencia.¹⁷

El comienzo de ese proceso de difusión fue la traducción y la publicación que hizo en Londres de la *Carta a los Españoles-Americanos* que había escrito un ex jesuita, Juan Pablo Viscardo y Guzmán Nait en 1791, en la cual planteó abiertamente el tema de la independencia de la América Hispana.

¹⁴ Véase en el libro de José María Antepara, *Miranda y la emancipación sur-americana* (1810), edición de la Biblioteca Ayacucho, Caracas 2006, pp. 87-88; y en Documentos Históricos sobre la vida del generalísimo Miranda iniciador de la Independencia Sur-Americana, Ofrenda del Gobierno del Estado Zulia, 4 de julio de 1896, Maracaibo 1896, p. 130. Véase el escrito de la defensa de Francisco de Miranda, en Francisco de Miranda, *América Espera* (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), *cit.*, pp. 127-130. Véase igualmente en Aristides Rojas, *Miranda en la revolución francesa*, pp. 219 ss.

¹⁵ Véase en Francisco de Miranda, *América Espera* [Ed. J.L. Salcedo Bastardo], *cit.*, p. 195; Francisco de Miranda, *Textos sobre la Independencia*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas 1959, pp. 49-57.

¹⁶ Véase Tomás Polanco Alcántara, *Miranda, cit.*, pp. 145 ss.

¹⁷ Así, en carta que envió a Manuel Gual en 18 de julio de 1800 le explicaba que había reclamado “con esfuerzo mi Pasaporte para dejar el País, y pérfidamente se me retiene!...V. está ay como un prisionero, o como un instrumento que ellos se presumen emplear en utilidad propia;” y sobre la correspondencia de Gual le dijo “ni si quiera he recibido de V. probablemente las abran interceptado.” 6t. en Francisco de Miranda, *América Espera* (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), *cit.*, p. 259.

Miranda permaneció en Londres hasta 1805, habiendo sido esos cinco años los únicos durante toda su vida, aparte los años de detención en París, en los cuales había permanecido seguido en un solo lugar. Allí se casó, fundando un hogar, instalándose en una casa que todavía se puede visitar, en Grafton Street, donde estableció su biblioteca, la cual llegó a ser considerada como una de las bibliotecas privadas más grandes de Londres. La misma fue, además, el centro de reunión de todo lo que tuviera que ver con la independencia de Sur América.

Luego de sus cinco años londinenses, ante la ausencia de apoyo efectivo por parte del gobierno británico, a la empresa militar que estaba empeñado en comandar para liberar a la América hispana, contando con el respaldo pasivo de muchos altos funcionarios del mismo, viajó a Nueva York a fines de 1805, donde llegó bajo el nombre de Martin, con el propósito de organizar una expedición con fines independentistas para invadir las provincias de Venezuela. Allí pensaba conseguir el apoyo gubernamental norteamericano necesario, el cual tampoco logró, informando solo a las altas autoridades del gobierno sobre sus proyectos, los cuales no fueron obstaculizados. Con financiamiento de sus amigos ingleses, y la ayuda de sus amigos norteamericanos, entre ellos del mismo capitán Smith con quien había iniciado su viaje por Europa en 1785 y que ahora estaba de Jefe del Puerto de Nueva York, logró organizar una pequeña expedición que después de un primer intento, logró desembarcar en las costas de Venezuela en 1806, proclamando sus ideas libertarias y la independencia de esas provincias¹⁸ en Coro y otras ciudades, que sin embargo, previamente habían sido evacuadas por los españoles, quienes sabían de sus andanzas, resultando todo en un gran fracaso en sus propósitos.¹⁹

Después de permanecer cerca de dos años en el Caribe, regresó a Londres en 1808, continuando sus proyectos por la independencia, desplegando una amplia labor de publicista y difusor de ideas, utilizando para ello, incluso el seudónimo de William Burke.

De nuevo, su casa fue el punto de reunión de todos aquellos que vivían o visitaban Londres con interés en el proceso americano. Para sólo recordar un caso debe destacarse el del joven Bernardo O'Higgins, quien luego sería el Libertador de Chile, a quien antes de regresar a su país, Miranda le dirigió una carta con algunos consejos, entre los cuales estaba que desconfiara "de todo hombre que haya pasado de la edad de cuarenta años, a menos que os conste que sea amigo de la literatura y particularmente de aquellos libros que hayan sido prohibidos por la inquisición;" recordándole además, especialmente, que: "No olvidéis ni la Inquisición, ni sus espías, ni sus sotanas, ni sus suplicios."²⁰

Por la posición política y social que Miranda había adquirido en Londres, no es de extrañar que luego del inicio del proceso revolucionario desarrollado en Caracas el 19 de abril de 1810, cuando dos meses después la Junta Suprema de Venezuela envió una delegación oficial al Reino Unido para gestionar el apoyo de los ingleses al proceso de independencia, conformada por Simón Bolívar, Luis López Méndez y Andrés Bello, a pesar de que los mismos tenían la instrucción precisa de no entrar en contacto con Miranda —cuya cabeza como antes dije había sido puesta a precio por el Cabildo de Caracas por su fallida expedición—, hayan sin embargo dichos comisionados hecho lo contrario, pues nadie como Miranda, podía introducirlos y presentarlos a las autoridades británicas, poniéndolos en contacto con la comunidad de intelectuales y amigos políticos británicos.

¹⁸ Véanse las Proclamas en Francisco de Miranda, *América Espera* (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), *cit.*, p. 356 ss.

¹⁹ Véase su carta a Castlereagh explicando las razones del fracaso de la expedición, en Francisco de Miranda, *América Espera*, (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), *cit.*, pp. 366 ss.

²⁰ Véase en Francisco de Miranda, *América Espera*, (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), *cit.*, p. 242-244.

Y así, luego de ese encuentro, Miranda fue convencido de regresar a Venezuela, luego de cuarenta años de ausencia; y junto con él, su Archivo también fue embarcado, aun cuando en barcos separados. En la fragata *Sapphire*, al mando del capitán Heney Haynes²¹ y junto con Bolívar, viajó el Archivo, y con sus legajos, también William Burke, a través de quien llegó a publicar más de 80 editoriales la *Gaceta de Caracas* sobre temas de derechos e independencia de América.

Miranda, quien ya para entonces contaba 60 años, se incorporó de inmediato al proceso constituyente de la nueva nación independiente, habiendo sido electo a comienzos de 1811 como diputado al Congreso General de las provincias de Venezuela, participando en la redacción de la que sería la primera Constitución republicana del mundo moderno después de la Norteamericana de 1776 y de la Francesa de 1793, que fue la Constitución federal de los Estados de Venezuela del 21 de diciembre de 1811, sancionada incluso unos meses antes de la propia Constitución de Cádiz.

Frente a todo ese proceso de independencia, el primero en la América Hispana, la reacción española no se hizo esperar. Las Cortes de Cádiz decretaron el bloqueo de las Provincias de Venezuela, y organizaron un ejército de “pacificación” desde Puerto Rico, desde donde se produjo la invasión de Venezuela en febrero de 1812, por un ejército al mando del capitán Domingo de Monteverde.

El novel gobierno venezolano, con un precario ejército republicano, tuvo que hacer frente a la invasión, y al no haber nadie más experimentado en las artes y ciencias militares que no fuera Francisco de Miranda, desde marzo de 1812 fue designado Generalísimo de los ejércitos republicanos, con poderes absolutos para la defensa de la Nación. Unos meses más tarde, el 25 de julio de 1812, después de que un terrible terremoto devastara las todas provincias de Venezuela, lo que provocó, además, deserciones masivas en el ejército, habiéndose tornado la guerra en una empresa sangrienta y desesperada, Miranda, como buen y experimentado militar, tuvo que negociar con Monteverde a través de comisionados una Capitulación para poner fin a la guerra, confiado además en las provisiones garantistas de la recién sancionada Constitución de Cádiz de marzo de ese mismo año 1812.

La Capitulación, sin embargo, fue ignorada por Monteverde, quien inició una persecución desalmada contra los republicanos, a quienes encarceló sin miramientos. Al único a quien no encarceló directamente fue a Miranda, pues ya sus propios subalternos se lo habían vilmente entregado en la víspera de la evacuación oficial que el mismo Miranda tenía prevista desde el Puerto de la Guaira para ese día 30 de julio de 1812.

El día anterior, sin embargo, tan pronto la misma fragata británica HRM *Sapphire* fondeó en la Guaira, el asistente y secretario de Miranda, Pedro Antonio Leleux, había embarcado su *Archivo*, consignándolos para una mayor seguridad, al comerciante inglés George Robertson, de la firma de Robertson & Belt, de Curazao.²² El 1° de agosto al llegar la fragata a Curaçao, el Archivo quedó embargado en el puerto dada la ausencia de su dueño.

El capitán Haynes había podido sortear los efectos de la traición cometida en La Guaira, habiendo evacuado a varios oficiales y asistentes de Miranda. En cuanto al Archivo, el mismo permaneció dos años en el puerto hasta que enero de 1814, cuando por la gestión del

²¹ Véase William Spence Robertson, *Diary of Francisco De Miranda: Tour of the United States 1783-1784*, The Hispanic Society of America, New York, 1928, p. xx.

²² Véase William Spence Robertson, *Diary of Francisco De Miranda: Tour of the United States 1783-1784*, The Hispanic Society of America, New York, 1928, p. XXI.

secretario Leleux, fue enviado a Londres, coincidentalmente en la misma fragata *Shappire*, bajo el mando del mismo capitán Haynes, para ser entregados a Lord Bathurst, Secretario de Estado de Guerra y de las Colonias.

Cuando éste, 15 años después, dejó de servir a la Corona en 1830, los 64 volúmenes del Archivo fueron trasladados a su residencia personal en Cirencester, cerca de Gloucestershire, como parte de sus cosas “personales,” desapareciendo del conocimiento público, por más de cien años, hasta que fueron descubiertos en 1922 por el biógrafo de Miranda, William Spence Robertson,²³ quien desde que había escrito su tesis doctoral de historia sobre Miranda, no había cesado en buscar dichos preciosos legajos.

De todos los hombres que tuvieron a su cargo la configuración constitucional del Estado de Venezuela, entre 1810 y 1812, Miranda fue, sin duda, el que más conocimiento teórico tenía sobre los sistemas políticos contemporáneos, y sobre los principios del constitucionalismo moderno, además del que más experiencia política práctica había tenido con sus vivencias personales. Por ello, si bien tuvo un rol militar al final de la primera República, como Generalísimo, para tratar de enfrentar el ejército de invasión de Monteverde, su rol más destacado, y lamentablemente ignorado, fue su rol civil en la concepción del proceso independentista, en la difusión de las ideas que la justificaban, y en la construcción constitucional de la República a la cual tanto contribuyó como diputado al Congreso durante 1811.

Sus ideas constitucionales sobre la forma de gobierno que se debía establecer en las Colonias Hispano-Americanas, en efecto, las expuso en diversos escritos desde 1795, las cuales giraron, primero, en sentido positivo, respondiendo fundamentalmente al principio democrático como base política, al principio de la separación de poderes en la organización del Estado, y la adopción de la forma federal del gobierno; y segundo, en sentido negativo, buscando que en ningún caso el gobierno a establecer pudiera caer en los vicios en que había caído el régimen del Terror en Francia.

En cuanto al principio de la separación de poderes, el mismo, por supuesto, inspirado en las doctrinas de Montesquieu, era el de la propia esencia del constitucionalismo moderno entonces en formación a raíz de la revolución norteamericana y del inicio de la revolución francesa. Miranda había sido testigo de excepción de su funcionamiento en Norteamérica en su periplo por los Estados Unidos entre 1784 y 1785; y también había sido testigo de excepción de su deformación en Francia en la época de la Convención y del Terror. Además, conocía la doctrina de Montesquieu, ya que desde 1780 sus “obras” en 8 volúmenes aparecían en el listado de su biblioteca.²⁴ Por ello, cuando Miranda visitó el castillo de La Brède en 1789, cuando terminaba su periplo europeo, sitio donde Montesquieu había escrito su obra *L'esprit des lois* anotó en su diario: “¡No me hartaba de considerar el sitio en que la más brillante obra del Espíritu humano se había producido!”²⁵

Pero sus primeras ideas sobre el principio la formuló en Francia, en su libro *Opinion du général Miranda sur la situation actuelle de la France et sus les remèdes convenable à ses maux*, Imprimerie de la rue de Vaugirard, an 3, Paris, 1795, en el cual formuló su crítica al régimen del Terror conducido por la Convención y su Comité de salvación pública, montado precisamente sobre el abandono del principio de la separación de poderes que había sido adoptado tanto en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, como

²³ Véase William Spence Robertson, *Diary of Francisco De Miranda: Tour of the United States 1783-1784*, The Hispanic Society of America, New York, 1928, p. XXVI.

²⁴ Véase en Francisco de Miranda, *América Espera* (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), *cit.*, p. 31.

²⁵ Véase en Francisco de Miranda, *América Espera* (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), *cit.*, p. 97

en la propia Constitución de 1791. En dicho libro de 1795, después de haber sufrido personalmente los embates de la Convención en Francia y particularmente de su Comité de Salvación Pública comandado por Robespierre, entre otras cosas expresó que:

“solamente por una sabia división de los poderes podrá dársele estabilidad al gobierno. Todas las autoridades constituidas vienen a celarse mutuamente, porque todas se interesan en la permanencia de la Constitución de que ellas emanan, y por esto es que todas se ligan contra cualquiera que quisiere atacar –a una de ellas. Más al contrario, si todos los poderes se concentran en un solo cuerpo, se arrogará siempre la autoridad de la masa entera y bastará a una facción dirigir sus tiros a esta masa soberana de hecho, para hacer una revolución [...]”

La espantosa tiranía de Robespierre y de la antigua comisión de seguridad pública no fue producida sino por esta fatal confusión de los poderes [...]”

Y agregaba:

“Para volver pues a los principios de que tan horriblemente nos hemos separado, conviene seguir una carrera inversa. Es necesario que la libertad los divida escrupulosamente y haga desde luego imposible esa monstruosa confusión, y he aquí el primer paso que se ha de dar para restablecimiento el orden.”²⁶

Al referirse al principio de separación de poderes, Miranda también formuló, en el mismo año de 1795, las bases del principio democrático de conformación de los poderes del Estado, al plantear que sus autoridades debían tener su fuente de legitimidad en el pueblo, mediante el sufragio. Para ello afirmó:

“Dos condiciones son esenciales para la independencia absoluta de los poderes: la 1ª que la fuente de donde ellos emanen sea una; la 2ª que velen continuamente los unos sobre los otros. El Pueblo no sería soberano si uno de los poderes constituidos que le representan no emanase inmediatamente de él, y no habría independencia si uno de ellos fuera el creador del otro. Dad al Cuerpo Legislativo, por ejemplo, el derecho de nombrar los miembros del Poder Ejecutivo, y ejercerá sobre ellos una funesta influencia que hará desaparecer la libertad política. Si nombra los jueces tendrá igualmente influencia sobre los juicios, y sucederá lo mismo con la libertad civil.”²⁷

Esas ideas las repitió una y otra vez en sus escritos, y las encontramos por ejemplo, en la carta que le envió a Alexander Hamilton el 6 de abril de 1798, ratificándole la propuesta de establecer en la América hispana una “forma de gobierno mixto,” advirtiéndole que “el único peligro que intuyo radica en la introducción de los principios franceses, los cuales emponzoñarían la incipiente Libertad, acabando pronto con la suya propia.”²⁸

Lo mismo le advirtió a Pedro José Caro, al instruirlo de llevar personalmente esa correspondencia a Hamilton y a Adams, y que luego al pasar a Santa Fe, que informara a los comprometidos sobre:

²⁶ Véase el texto en Arístides Rojas, *Miranda en la Revolución Francesa*, Colección de documentos auténticos referentes a la historia del General Francisco de Miranda, durante su permanencia en Francia de 1792 a 1798, Imprenta y Litografía del Gobierno Nacional, Caracas 1889, pp. 333, 334. Igualmente véase en Francisco de Miranda, *América espera*, *op. cit.*, pp. 180-181.

²⁷ Véase el texto en Arístides Rojas, *Miranda en la Revolución Francesa*, Colección de documentos auténticos referentes a la historia del General Francisco de Miranda, durante su permanencia en Francia de 1792 a 1798, Imprenta y Litografía del Gobierno Nacional, Caracas 1889, pp. 333, 334. Igualmente véase en Francisco de Miranda, *América espera*, *op. cit.*, pp. 180-181.

²⁸ Véase en Francisco de Miranda, *América espera*, *op. cit.*, pp. 221.

“la necesidad de prevenir por todos los medios posibles el que los principios o sistema jacobino se introduzcan en nuestro Continente; pues por este medio la Libertad, en lugar de la cuna, encontrará luego el sepulcro; como lo prueba toda la historia de la revolución francesa.”²⁹

Por otro lado, en cuanto al principio federal como base de la organización territorial del Estado, Miranda elaboró en 1801, para lo que llamó el “Imperio Americano” un Proyecto de Gobierno federal,³⁰ estructurando una República en todo el continente americano que llevaría por nombre “Colombia,” como una “Federación Americana” que reuniera a todas las Naciones del Continente desde México hasta la Patagonia, que debía responder no sólo a los mismos principios de democracia representativa, sino a la forma de Estado federal, es decir de descentralización política con distribución del poder entre tres niveles territoriales: los municipios, las provincias y el Gobierno federal. En el proyecto, además, previó establecer la “ciudad federal” en el punto más central del Continente, como lo indicó Miranda, “(tal vez en el istmo de Panamá), que debía llevar el nombre agosto de *Colombo*, a quien –dijo– se debe el descubrimiento de esta bella parte de la Tierra.”

El federalismo, para la organización del territorio de la América Hispana fue, por tanto, la forma de Estado por la cual se inclinó Miranda, en cuya base estaban los electores integrados en los Comicios Americanos, que eran las asambleas municipales compuestas por todos los ciudadanos americanos, los nacidos en el país, y los extranjeros establecidos en el mismo que prestasen juramento de fidelidad al nuevo Gobierno.³¹ Por ello, incluso, la primera Constitución de Hispanoamérica, la de Venezuela de 1811, fue una Constitución federal.

Por otra parte, a la base de la formulación de sus propuestas sobre organización del Estado en los proyectos de Constitución para la América Hispana, Miranda también tuvo una clara concepción sobre las bases del gobierno civil que debía instaurarse, basado en los principios de libertad, justicia, seguridad e igualdad; conforme a lo cual se debía –dijo– “consolidar un gobierno de leyes que sea protector de la propiedad y libertad personal, base de toda felicidad civil, y en que la utilidad general de todos se encuentre precisamente reunida.”³²

En particular, en una Proclama que escribió en 1801, abogó por la igualdad al afirmar que “Un gobierno libre mira todos los hombres con igualdad, cuando las leyes gobiernan las solas distinciones son el mérito y la virtud,” y proclamó lo siguiente:

“Unámonos por nuestra libertad, por nuestra independencia. Que desaparezcan de entre nosotros las odiosas distinciones de chaperones, criollos, mulatos, &. Estas solo pueden servir a la tiranía, cuyo objeto es dividir los intereses de los esclavos para dominarlos unos por otros. Un gobierno libre mira todos los hombres con igualdad, cuando las leyes gobiernan las solas distinciones son el mérito y la virtud.”³³

Sobre el tema de la igualdad, además, incluso se refirió en particular se los derechos políticos de las mujeres, cosa absolutamente excepcional en la época. Ello lo hizo en carta a Pétion como miembro de la Convención que era, escrita el 26 de octubre de 1792, donde le recomendó en sus labores legislativas a las *mujeres*, preguntándole:

²⁹ Véase en Francisco de Miranda, *América espera*, op. cit., pp. 223.

³⁰ Véase en Francisco de Miranda, *América espera*, op. cit., pp. 288-291.

³¹ Véase en Francisco de Miranda, *América espera*, op. cit., pp. 288-291.

³² Véase Comunicación a Caro, en 1798, en Francisco de Miranda, *América espera*, op. cit., pp. 223.

³³ Véase en Francisco de Miranda, *América espera*, op. cit., p. 262.

“¿Por qué dentro de un gobierno democrático la mitad de los individuos, las mujeres, no están directa o indirectamente representadas, mientras que si están sujetas a la misma severidad de las leyes que los hombres hacen a su gusto? ¿Por qué al menos no se las consulta acerca de las leyes que conciernen a ellas más particularmente como son las relacionadas con matrimonio, divorcio, educación de las niñas, etc.? Le confieso que todas estas cosas me parecen usurpaciones inauditas y muy dignas de consideración por parte de nuestros sabios legisladores.”³⁴

Sobre el mismo tema de la igualdad, en 1801, en su Manifiesto dirigido “a los pueblos del Continente Colombiano (alias Hispano-América),”³⁵ también formuló el principio en forma general para todos los hombres, proponiendo la abolición de hecho del “tributo personal cargado sobre los indios, y gentes de color, siendo odioso, injusto y opresivo,” y proclamando que dichas personas gozaran “desde este instante de todos los derechos y privilegios correspondientes a los demás ciudadanos (Artículo 3),” lo que en definitiva, para la América Hispana, era un decreto de abolición de la esclavitud.³⁶

Ese espíritu civil que se aprecia en las contribuciones constitucionales de Miranda fue precisamente el que configuro la independencia de Venezuela y la construcción de la República entre 1810 y 1812, la cual, por ello no fue producto de gesta militar alguna. Fue obra exclusiva de civiles.

Lamentablemente, sin embargo, ese espíritu fue barrido por las armas, particularmente a partir del momento en el cual se produjo la entrega de Miranda, por militares republicanos con Simón Bolívar a la cabeza, al invasor militar español.

A partir de entonces, todos –sí, todos–, patriotas militares republicanos y realistas militares, al unísono, mediante la imposición de la “ley de la conquista” por Monteverde y de la “ley marcial” por Bolívar, barrieron con las armas toda aquella construcción constitucional que el mismo Bolívar llegó a calificar como el de una “república aérea,” imaginada –dijo–, por “ciertos buenos visionarios,” que tuvo a “filósofos por jefes, filantropía por legislación, dialéctica por táctica, y sofistas por soldados,”³⁷ la cual quedó sustituida desde entonces y durante casi toda nuestra historia, por un Estado conducido bajo una capa militar, como la que después de 40 años de nuestra añorada democracia, ha estado ahogando a nuestra República desde 1999.

Por ello, los venezolanos, para poder reivindicar el civilismo frente al militarismo que se apoderó hasta de la conmemoración de nuestra Independencia, que no fue obra de militares sino de un Congreso civil, el 5 de julio de 1811, tenemos sin duda que comenzar por reivindicar a Francisco de Miranda, y todo lo que nos legó y ha quedado en el olvido.

En tal sentido, ojalá que este pequeño recordatorio sobre su vida, sus ejecutorias y sus ideas que he querido compartir con ustedes esta noche, pueda servir de algo para ese propósito.³⁸

³⁴ Véase en Francisco de Miranda, *América espera*, *op. cit.*, pp. 124.

³⁵ Véase en Francisco de Miranda, *América Espera* (Ed. J.L. Salcedo Bastardo), *cit.*, p. 271.

³⁶ Véase Proclama, 1801, en Francisco de Miranda, *América espera*, *op. cit.*, pp. 123.

³⁷ Véase Simón Bolívar, “Manifiesto de Cartagena,” en *Escritos Fundamentales*, Caracas, 1982 y en *Itinerario Documental de Simón Bolívar. Escritos selectos*, Ediciones de la Presidencia de la República, Caracas 1970, pp. 30 ss. y 115 ss.

³⁸ Véase en general sobre Miranda: Allan R. Brewer-Carías, *Sobre Miranda, entre la perfidia de uno y la infamia de otros, y otros escritos*, Editorial Jurídica Venezolana, Primera edición 2016, Caracas 2016, 302 pp, Segunda edición corregida y aumentada, Caracas 2018, 448 pp.

Bases filosóficas de la Constitución de la Provincia de Mérida de 1811

*Trabajo de incorporación a la
Academia de Ciencias Políticas y Sociales*

Fortunato González Cruz
Abogado

Resumen: *La Constitución de la Provincia de Mérida de 1811 tiene como base filosófica fundamental el pensamiento neoescolástico, en particular neotomista, que representa fundamentalmente Francisco Suarez. La lectura de sus obras era obligatoria en los Colegio San Javier de Mérida y más tarde en el Seminario Tridentino de San Buenaventura de Mérida. No hay duda de la influencia de la Ilustración.*

Palabras claves: *Constitución. Soberanía popular. Neotomismo. Mérida. Venezuela.*

Abstract: *The Constitution of the Province of Mérida of 1811 has as its fundamental philosophical basis the Neo-scholastic thought, in particular, Neotomist, fundamentally represented by Francisco Suarez. The reading of his works was compulsory at the Colegio San Javier at Mérida and later at the Tridentino Seminary of San Buenaventura of Mérida. There is no doubt about the influence of the Enlightenment.*

Key words: *Constitution. Popular Sovereignty. Neotomism. Merida. Venezuela.*

SUMARIO

ESTADO Y DERECHO INTRODUCCIÓN
UNA BREVE REFERENCIA CIRCUNSTANCIAL
LOS HECHOS Y LOS PERSONAJES
LA CONSTITUCIÓN DE MÉRIDA
LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS
INFLUENCIA DE LOS JESUITAS
LA REPÚBLICA DE LAS LETRAS
BIBLIOGRAFÍA

ESTADO Y DERECHO INTRODUCCIÓN

Aquí nos hace falta el académico Allan R. Brewer-Carías, quien me propuso para este honor que recibo porque es fruto de los compromisos intelectuales que nos han unido por muchos años y porque se trata de un gesto de reconocimiento a quienes hacemos investigación en la provincia, en particular en Los Andes. Su sillón está allí, ocupado por el inquieto espíritu del intelectual más prolífico del país, un milagro tropical como lo calificó el maestro Eduardo García de Enterría. Agradezco a los señores académicos la aceptación de mi nombre, que al hacerme compañero de camino, me obligan a asumir la carga que significa.

El miércoles 5 de mayo del año 2004 leí un breve discurso con ocasión de la toma de posesión de la presidencia de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional. El acto se realizó en el Paraninfo de la Universidad de Los Andes que es el corazón de esa Institución Académica. Sus paredes están adornadas con los óleos salidos del pincel del Cardenal José Humberto Quintero, y parece que nos observan los personajes que más contribuyeron a tallar la identidad del colectivo merideño. En esa galería los héroes se visten de civil, y prevalecen la toga y la sotana sobre el uniforme militar, lo que tiene un indiscutible y singular significado. No en vano hubo en Mérida antes que cuarteles y bancos, conventos y monasterios, colegios y seminarios. Dije entonces que aquel lugar y las circunstancias particulares de la vida política venezolana me inclinaban a hacer un breve trabajo sobre el origen de nuestro Derecho Constitucional Provincial, gracias a que se cuenta con los documentos originales que fueron escritos en y con ocasión de la independencia de la Provincia de Mérida generada a partir del 16 de septiembre de 1810, e intentar extraer la sabiduría contenida en tan importantes documentos. Me propongo profundizar aquellas reflexiones y hacer una modesta contribución al conocimiento de nuestras raíces jurídico-constitucionales, luego de investigar en los bien organizados archivos de la Arquidiócesis de Mérida y en la Biblioteca de Libros Antiguos de la Universidad de Los Andes, y recorrido un tortuoso camino en la búsqueda de datos que apoyaran mi tesis sobre la influencia del pensamiento escolástico y fundamentalmente del jesuita Francisco Suárez en nuestra constitución provincial.

En esta búsqueda intenté verificar la existencia en Mérida en los años anteriores a la independencia, de los libros y escritos a los que se les atribuye la siembra de las ideas republicanas de libertad, igualdad y soberanía popular. Encontré en los registros una abundante información sobre la existencia en Mérida a partir de 1628 de una respetable biblioteca. En la sección de Libros Antiguos de la Universidad de Los Andes localicé algunos libros que pertenecieron al antiguo Colegio San Javier. No he podido comprobar en ningún registro que hubiese en Mérida antes de 1810 algún libro de, por ejemplo John Locke, ni de los enciclopedistas franceses, lo que no quiere decir en modo alguno que no los hubiese leído alguien en aquella pequeña ciudad bastante culta. Conté para esta investigación con el apoyo de monseñor Baltazar Porras Cardozo y del personal del Archivo Arquidiocesano de Mérida; la guía y orientación oportuna del padre José del Rey Fajardo s.j Tuve la satisfacción y el honor de compartir durante 5 días en la residencia de los maristas en Tlalpan, en México D.F. con el Arzobispo de Tegucigalpa el Cardenal Rodríguez Madariaga y los teólogos el argentino Juan Carlos Scannone y el peruano Gustavo Gutiérrez. Estas conversaciones no solo ratificaron la hipótesis que orientó el trabajo, sino que me llevaron al convencimiento, lamentablemente no sustentado en estudios científicos, de que John Locke y a partir de él los demás filósofos de la Ilustración, extrajeron de los neotomistas y en particular del jesuita Francisco Suárez, las ideas sobre la libertad, el origen del poder y de la soberanía popular, que ya venían cocinándose en la retorta de Santo Tomás de Aquino. ¿Por qué el inglés no cita al español? Quizás porque en Inglaterra se prohibió la lectura de sus libros, como después se prohibirán los del inglés en España y sus territorios de ultramar. Una breve visita a los archivos de Altagracia, en la provincia argentina de Córdoba, fue útil para caer en cuenta de la magnitud de la obra de la Compañía de Jesús y de toda la Iglesia Católica en la formación de las élites que echaron las bases de la independencia del Continente Americano.

UNA BREVE REFERENCIA CIRCUNSTANCIAL

La ciudad de Mérida fue fundada por Juan Rodríguez Suárez el 9 de octubre de 1558 en el sitio donde actualmente se encuentra San Juan de Lagunillas. Allí realiza la ceremonia acostumbrada y nombra autoridades municipales. Días después descubre la meseta que corta la confluencia del río Chama y el Albarregas formando una punta y trasladada allí a la ciudad, por lo cual, con el tiempo se va a llamar La Punta, o Santiago de La Punta. El primero de

noviembre de ese mismo año hace repartimiento de tierras y encomienda los indios que las poblaban entre sus acompañantes. La ciudad había sido fundada sin permiso de Su Majestad, solo mediante una Provisión Real que habilitaba a Juan Rodríguez Suárez, entonces uno de los alcaldes ordinarios de Pamplona, para buscar minas en las provincias de las Sierras Nevadas. Juan de Maldonado, por enemistad personal, gestiona la nulidad de la expedición porque su cabecilla ofreció fundar una ciudad y repartir tierras, como efectivamente lo hizo, sin autoridad para ello. Emprende una expedición para detenerlo. Llega a Mérida, que la denomina “Ranchería de las Sierras Nevadas” y ordena su traslado poco más arriba, a su actual emplazamiento, y la nombra “Ranchería de San Juan de las Nieves” lo que se realiza en el mes de febrero del año siguiente. Va Juan de Maldonado deshaciendo lo hecho por su perseguido hasta la jurisdicción de Trujillo y el 25 de julio de 1559 funda una nueva ciudad con el nombre de Santiago de Los Caballeros; pero como estaba fuera de la jurisdicción de Santa Fe, días después ordena su traslado al sitio donde se encuentra la Ranchería de San Juan de las Nieves y le cambia el nombre por aquel. La justicia condenó a muerte a Juan Rodríguez Suárez por fundar la ciudad, nombrar cabildo, repartir tierras y encomendar indios; exactamente lo que hace un año después Juan de Maldonado contra quien, habiendo cometido idénticos delitos, no obró la vindicta pública. La obstinación de Maldonado por borrar lo hecho por Suárez tropieza con la terca insistencia de escribanos y funcionarios por seguir usando el toponímico de Mérida, que a la postre se mantiene. Por uso y costumbre la ciudad recibe dos denominaciones: Mérida y Santiago de los Caballeros de Mérida.

El lugar es hermoso: una meseta de origen aluvional y de forma longitudinal, orientada de norte a suroeste, regada por las aguas cristalinas de numerosas quebradas y cinco ríos: Chama, Mucujún, Milla, Albarregas y La Pedregosa; encerrada por dos monumentales cordilleras: la Sierra Nevada al este y la Sierra de La Culata al noroeste, que se elevan hasta alcanzar la altura de las nieves perpetuas. El valle del Chama se empina hacia el noreste hasta alcanzar la altura del Nudo de Mucuñuque desde donde se descuelgan la Sierra de Santo Domingo hacia el llano barinés, y la Sierra de Niquitao que va disminuyendo hasta reducirse en las secas planicies del río Turbio. El lugar de emplazamiento se asemeja a un inmenso claustro donde las aguas interpretan una interminable sinfonía acuática. La temperatura varía de la mañana a la noche sin que moleste en exceso ni el frío ni el calor. En general el clima es agradable. Los espacios naturales ofrecen un espectáculo vegetal abundante y variado, la agricultura se realiza en los valles intermontanos donde también se asientan los poblados que se esparcen por la amplia geografía merideña. En fin, la existencia en la ciudad transcurre con placidez, sin mayores sobresaltos. Es quizás el esplendente paisaje, el clima apacible y el relativo aislamiento lo que determina que desde su fundación, como siguiendo el ejemplo de Pamplona, su ciudad madre, se instalen en ella conventos, monasterios y centros de enseñanza. Los cronistas destacan que desde los tiempos fundacionales los merideños tienen bastante perspicacia, profundidad en sus ideas y afición a la lectura. Ninguna clase desdeña el trabajo.

Mérida perteneció desde su fundación al Corregimiento de Tunja, Real Audiencia de Santa Fe de Bogotá, luego en 1577 al recién creado Corregimiento del Espíritu Santo de La Grita. Posteriormente entre 1579 y 1582 al Corregimiento de Pamplona para volver a pertenecer al Corregimiento de Tunja. En 1607 vuelve a separarse del Corregimiento de Tunja por creación una vez más del Corregimiento de La Grita. En 1622 se eleva el Corregimiento a rango de Provincia y se designa gobernador al trujillano Juan Pacheco Maldonado. La sede de los poderes tanto del Corregimiento como de la Provincia siempre fue Mérida. El 31 de diciembre de 1676 se creó la Provincia de Mérida de Maracaibo y dos años después se traslada la capital a esa ciudad lacustre. En 1777 se crea la Capitanía General de Venezuela y se incorpora a ella la Provincia. El 16 de septiembre de 1810 Mérida se separa del gobierno de España y de Maracaibo.

El primer religioso que ofició el Santo Sacrificio de la Misa fue fray Alonso de Andrada quien llegó a la ciudad con el fundador Juan Rodríguez Suárez. La primera orden religiosa que se establece en Mérida es la de los Predicadores de Santo Domingo de Guzmán en 1567, luego la orden de San Agustín en 1591. En 1628 se estableció el Colegio San Francisco Javier de la orden de los jesuitas. El primer convento de monjas es el de San Juan Bautista de Santa Clara, de la orden mendicante de San Francisco, establecido en 1651 y luego se establece el monasterio franciscano en 1660. En 1777 se creó el Obispado de Mérida, lo que significó un impulso de gran importancia en la formación intelectual de las élites merideñas, por las iniciativas que asumen los jesuitas y el primer obispo fray Juan Ramos de Lora y sus sucesores.

En lo económico, la prosperidad relativa de Mérida se fundamentó en la actividad agrícola en particular con la expansión del cultivo del trigo en sus páramos, la caña de azúcar y el tabaco en sus mesetas más secas, y el cacao en sus vertientes húmedas y tierras calientes, como el ganado en las llanuras. Fragosos caminos comunicaban a Mérida con otros lugares, los más importantes fueron el camino real de La Culata que relacionaba a Mérida con su puerto de San Antonio de Gibraltar, el de Chachopo que vinculaba a Mérida con la Provincia de Caracas, el de Apartaderos que por el sitio de Los Callejones llevaba a los merideños hacia los llanos barineses, el de La Grita que por la cabuya de Estanques comunicaba a la ciudad con la Nueva Granada, y por último el de Aricagua que conectaba a la ciudad con Pedraza. El puerto fundamental era San Antonio de Gibraltar. El contrabando no tuvo en Mérida la importancia que adquirió en otros lugares. Los oficios eran considerados viles aunque los artesanos gozaran de cierta consideración, y propio de la nobleza el sacerdocio y las funciones públicas. La existencia de clases sociales separó por muchos años a los merideños en estratos bien definidos.

En cuanto al número de pobladores, los cronistas dicen que a una década de fundada la ciudad contaba con 30 vecinos, hacia fines del siglo XVII unos 200, a mediados del siglo XVIII tenía 11.500 incluidos los indios y los esclavos. José Domingo Rus dice que en 1794 la ciudad contaba con 12.000 hasta 13.000 almas, incluidos 600 esclavos poco más o menos, y los indios de 16 pueblos que comprende.¹

LOS HECHOS Y LOS PERSONAJES

La independencia de Mérida, como la de Venezuela, fue en sus inicios obra de civiles. Convocados por el Teniente de Justicia Mayor Antonio Ignacio Rodríguez Picón, los merideños analizaron y discutieron en Cabildo Abierto los acontecimientos del 19 de abril de 1810 en Caracas y tomaron decisiones históricas. En la esquina que forman la plaza Mayor, la Casa Consistorial y el Real Seminario Tridentino de San Buenaventura, se reunió el pueblo en cabildo abierto aquel domingo 16 de septiembre de 1810, en que se leyeron los oficios dirigidos al Ayuntamiento de Mérida por las Juntas Supremas de Santafé, Caracas y Barinas, traídas por el emisario don Luis María Rivas Dávila. Allí se decidió en forma unánime adherirse a la causa común declarada por las provincias. Ese domingo, Mérida se independizó por partida triple: de Maracaibo, ciudad que había asumido la capitalidad provincial en 1676, del gobierno de Cádiz instalado a raíz de la abdicación de Fernando VII y de la Capitanía General de Venezuela que ya no existía. Los merideños constituyeron una Junta Superior Gubernativa Defensora de los Derechos de Fernando VII y su Legítima Dinastía. El acta levantada

¹ Carlos César Rodríguez recopiló bajo el título de “*Testimonios Merideños*” los relatos y crónicas de viajeros que pasaban por Mérida, de donde se extraen estos datos. (1996) Solar. Ediciones del Vice Rectorado Académico de la ULA. Mérida.

entonces ordena de manera inequívoca el fin de la sujeción a dichos gobiernos: “*cesando por consiguiente todas las autoridades superiores, e inferiores que hasta el día de hoy han gobernado, las que deben centralizarse en la enunciada Junta.*” (Chalbaud. Pág. 13). Entonces celebraron con misa, Tedeum, y corridas de toros.

Cinco días después, la Junta Superior Gubernativa toma otra de sus grandes decisiones fundamentales para el desarrollo futuro de la ciudad y del Estado, cuando transforma el antiguo Seminario en Real Universidad de San Buenaventura de Mérida de Los Caballeros, y ordena ampliar sus poderes académicos, crear nuevas cátedras y jurar las autoridades bajo la nueva fórmula establecida por el gobierno independiente, quedando como Rector Nato el obispo Santiago Hernández Milanés. Las nuevas autoridades soberanas convocaron a elecciones para constituir el Colegio Electoral que habría de dictar la Constitución y designar a los diputados que representaron a la Provincia de Mérida en el Congreso Constituyente de Venezuela. De esta manera se fueron desarrollando los acontecimientos que condujeron a la declaración definitiva de la Independencia de Venezuela el 5 de julio de 1811 en Caracas, con el voto de los diputados de Mérida, y en Mérida el 16 de septiembre de 1811, en conmemoración de los sucesos del año anterior, lo que significa que la nueva Constitución Provincial se estaba concibiendo y redactando desde meses atrás.

La declaración de independencia de la Provincia de Mérida obedeció a razones externas e internas. No hay duda de la influencia de la declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776, ni de las teorías de la Enciclopedia que llegaban en forma subrepticia a los claustros eclesiásticos. En Mérida se conocieron las noticias de la protesta de Juan Francisco de León contra la Compañía Guipuzcoana en 1749. En Mérida impactó la insurrección de José Leonardo Chirinos y la crueldad con la que fue ejecutado, desmembrado y distribuido su cuerpo. También influyó la conspiración de Manuel Gual y del Justicia Mayor de Macuto don José María España y su ajusticiamiento en Caracas en 1799. (Gil Fortoul. Tomo I Pág. 191 y sig.) Mucho más el desembarco de Francisco de Miranda en Coro en 1806, por donde andaba el obispo de Mérida Santiago Hernández Milanés en visita pastoral. Pero entre estas montañas también se cocía la independencia con sus propios ingredientes. El historiador de la Universidad de Los Andes Eloy Chalbaud Cardona señala entre los hechos que fueron el fermento de la causa de la independencia, los abusos y la actitud violenta de los gobernadores contra distinguidos miembros de la sociedad merideña en 1775 y 1785, y la represión brutal contra la Revolución de los Comuneros del Socorro en 1781 con soldados traídos de la capital Maracaibo. Destaca el historiador Chalbaud que el precursor Nariño había sembrado la semilla emancipadora en los pueblos de la cuenca del Mocotíes y en La Grita en 1798. Pero deja fuera dos antecedentes funestos en la historia local, que habían de producir sentimientos de frustración y desengaño en los corazones merideños: En primer término la injuria que significó el traslado de la capitalidad provincial a Maracaibo en 1676, reparada parcialmente al ser designada la ciudad de Mérida como sede obispal en 1777. El otro hecho fue la expulsión de los jesuitas en 1767, razón por la cual la ciudad perdió el colegio San Francisco Javier, fragua de conciencias limpias y sólida formación ignaciana, germen del Seminario y de la Universidad de Los Andes, como lo demuestra la monumental obra de investigación histórica realizada por los padres jesuitas Manuel Briceño Jáuregui, José del Rey Fajardo y la profesora Edda Samudio. (2004)

Las crónicas de los sucesos de 1810 revelan la intensa discusión que se produce entre los miembros de la ilustrada élite merideña. Deliberan el Capítulo de la Catedral, los padres de los conventos de San Agustín y San Francisco, el Ayuntamiento, los profesores del Seminario, y la incipiente élite de la ciudad. Desde el primer momento la mayoría se inclina primero por la constitución de una Junta Superior Gubernativa que preserve la lealtad al rey, es decir, al Estado, pero no al gobierno de Maracaibo ni al de la Península. La marcha acelerada

de los hechos lleva casi inmediatamente a la independencia. (Silva.1983) Es el sacerdote Mariano de Talavera y Garcés el que se ganará un sitio destacado en la historia como partero de la nueva República y redactor de la nueva Constitución. Era entonces secretario del obispo monseñor Santiago Hernández Milanés, regentaba las cátedras de Sagradas Escrituras y Teología Moral en el Seminario y asistió como diputado por el clero al Cabildo Abierto realizado el 16 de septiembre de 1810. Doctor en Teología en el Real Seminario de Caracas, tenía una sólida formación teórica y conocía muy bien el país: había nacido en Coro, ordenado en Caracas y servido en Barinas como cura y vicario.

El Cabildo Abierto del 16 de septiembre lo eligió vocal de la Junta Superior Gubernativa y Vicepresidente. Posteriormente se habría de desempeñar como Administrador Apostólico de Guayana. Es elegido obispo de Mérida por la Santa Sede pero no aceptó la mitra. Murió en Caracas en 1861.

La Constitución de Mérida es la expresión del pensamiento del pueblo merideño y muestra del alto grado intelectual de su élite. La Junta Superior Gubernativa decide convocar un Colegio Electoral, que se formó con los diputados elegidos por el voto popular por los partidos capitulares de Mérida, San Cristóbal y La Grita, y por los diputados de las villas de San Antonio, Lovatera, Bailadores, Ejido y Timotes. Mariano de Talavera era de este último y fue designado para redactar el texto constitucional, seguramente asistido por el canónigo Francisco Antonio Uzcátegui Dávila, integrante del Colegio Electoral.

En la cabeza de aquellos hombres estaba lo aprendido en los rígidos y exigentes colegios de entonces. Aquí, en esta ciudad de menos de mil habitantes había densas bibliotecas, y entre los autores destacan por la formación en la ciencia política Aristóteles y los clásicos griegos; Virgilio, Horacio, Homero, Ovidio, Tito Livio, Cicerón, Suetonio y otros clásicos romanos; San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Heinecio, Francisco de Quevedo y Villegas, José Oviedo y Baños, el sacerdote jesuita José Gumilla quien vino con su obra "El Orinoco Ilustrado" a enriquecer el conocimiento sobre nuestra soberbia geografía guayanesa.

La sólida formación teórica del clero merideño se pone de manifiesto en muchos documentos. Destaco por pertinencia con el tema sobre el origen del Derecho Constitucional Provincial, el Manifiesto dirigido a los Pueblos por la Superior Junta de Mérida el 25 de septiembre de 1810 explicando con lujo de razones las causas que llevaron a separarse del gobierno de España. También el precioso texto de la Constitución de la Provincia de Mérida sancionada por el Serenísimo Colegio Electoral el 31 de julio de 1811, síntesis del pensamiento político y jurídico de la época. Y por último, las respuestas de algunos sacerdotes al obispo Santiago Hernández Milanés, a quienes el prelado les había consultado sobre la pertinencia o no de jurar la independencia de la Provincia ante sus nuevas autoridades, todos fechados en agosto de 1811. Los argumentos esgrimidos por los sacerdotes para responderle al prelado son contradictorios según la posición asumida por ellos ante los acontecimientos, pero la mayoría se inclina por la independencia. La respuesta mejor argumentada es la de Mariano de Talavera y Garcés, a cuya pluma se debe además, la Constitución y el Manifiesto dirigido a los Pueblos por la Junta Superior de Mérida. A estos argumentos me quiero referir y tengo a la vista los documentos originales.

Varias ideas centrales se ponen de manifiesto en los tres documentos anteriores y dan fe de la ilustración de los merideños, la actualidad de sus lecturas y la profundidad de sus conocimientos. Estas ideas se refieren a la soberanía popular como fuente de legitimidad del poder cuando aún España y poderosos sectores de la Iglesia Católica se mantenían fieles a las tesis monárquicas y al origen divino del poder; el sometimiento del rey a la voluntad popular; la unidad del pueblo español conformado por españoles de la península y españoles americanos

con idénticos derechos; y una cultura cimentada sobre la legalidad formal propia de los españoles, que lleva a los canónicos de la Catedral a buscar en Santo Tomás, en Alfonso María de Liguorio, en Francisco Suárez y en el teólogo alemán Johann Gottlieb Heineccius, las sólidas bases argumentativas que le dan fundamento al nuevo Estado soberano e independiente. (Silva. 215 y ss.)

En estos documentos se niega la legitimidad del Consejo de Regencia porque no fue elegido por el voto de los españoles de ambos mundos. Escribió Mariano de Talavera y Garcés en su Manifiesto la siguiente frase:

“Bien sabida es la ilegitimidad del Consejo de Regencia, que exige de la América un vasallaje debido solo a la Majestad Real, y en su defecto al Consejo Legislativo de la Nación española que se haya formado por el voto general de los Españoles de ambos mundos... a causa de haberse formado por el solo voto de los españoles europeos que componen diez millones de almas, sin contar con el voto de los españoles americanos que son por lo menos diez y seis.” (215)

En el mismo documento se sostiene la tesis originada en Inglaterra sobre los límites de la autoridad real cuando se afirma: *“Éstos (los miembros del Consejo de Regencia) en la instalación de la Junta no recibieron de la Nación la facultad de crear a su arbitrio un nuevo gobierno soberano, facultad de que el Rey mismo carece teniendo la plenitud del poder.”* A doscientos años de las tesis sobre la legitimidad y la validez del Derecho, del Estado y del Gobierno de Jürgen Habermas, en aquel Manifiesto se sustentan dichos valores sobre argumentos tan actuales como los que a continuación transcribo: *“Reconocida y obedecida la Junta por el voto unánime de esta jurisdicción y por su benemérito Prelado Diocesano, trabaja con tesón por la felicidad común. Sostenida por la confianza de los pueblos, dirigida por las luces de los sabios ha manifestado ya el resultado de sus deliberaciones...”* El concepto de legitimidad está hoy tan ligado como entonces al principio de la legalidad, pero también antes como ahora al ejercicio libre de la voluntad popular, a la confianza del pueblo, a la sabiduría de las políticas públicas y a la eficacia de la gestión gubernativa en beneficio colectivo tal como lo sostiene la Escuela Sistemática del Derecho de Niklas Luhmann y la Teoría del Discurso de Jürgen Habermas.

El obispo Santiago Hernández Milanés en la consulta al Capítulo y a otros personajes eclesiásticos acerca del juramento de la Independencia, les dice:

“Adjunto copia del juramento que hice y entregué original el 21 de septiembre del año pasado de 1810, á los Sres. Secretario y dos vocales de la Superior Junta; y como aún vive el Señor Fernando Séptimo, viven los Reyes de Cecilia y otros de la casa de Borbón; además, como la mayor parte de los vasallos del Rey católico no ha establecido por voto uniforme otra forma de gobierno: para aquietar mi conciencia, y proceder como cristiano y Prelado, deseo saber, si el predicho juramento me obliga o no, habiéndose de publicar en esta Capital la Independencia absoluta de estas Provincias, adonde vivo, decretada ya por le Supremo Congreso de Caracas, y publicada ya en Trujillo y Barinas.

Adjunto también copia del juramento prestado por el S. Arzobispo de Caracas, según se lee en la gaceta de aquella ciudad del 14 de setiembre pasado, y no obstante ha reconocido dicha Independencia, según refiere la gaceta del 9 de julio anterior, y se ha dicho que al efecto juntó Teólogos y Canonistas.

Deseo acierto en todo; deseo el bien de mi Obispado, y espero que V. S. me han de expresar su parecer a continuación, teniendo presente mi constitución entre Diocesanos, que no han convenido en las opiniones políticas (circunstancia en que no se ha visto el Prelado de Caracas) por lo que cualquiera mi resolución podrá causar un sisma particular, cuyo grande mal deseo evitar de todo corazón, porque á todos amo, y debo amar igualmente en el Señor.

Dios guarde a V.S. muchos años. Mérida, 21 de agosto de 1811.

*Santiago
Obispo de Mérida de Maracaibo*

El sacerdote Mateo José Más y Rubí, sin ocultar su parcialidad por la Corona de España, le recomendó al Obispo no jurar para no meterse en asuntos de política, acogiendo a la frase que cita en su carta de *“dejando al Cesar lo que es suyo, y a Dios lo que le pertenece.”* Los Canónigos Racioneros Francisco Antonio Uzcátegui y Buenaventura Arias, este último sería años después Obispo de Mérida, sustentan la recomendación de que preste juramento con argumentos que deben destacarse. Le dicen al Prelado que el juramento de independencia es *“conveniente, útil y necesario a la tranquilidad del Estado y de la Iglesia”*. Alegan que Fernando Séptimo había renunciado voluntariamente a la Corona de España en Bayona y con dicha renuncia perdió el derecho que tenía a ella. Que aunque esta renuncia se produjo por un hecho de fuerza y aun por temor a la muerte, *“según los Teólogos, estas causas disminuyen, pero no quitan el voluntario, además de que in causa fue voluntario, libre, saliendo de su reino contra la voluntad y clamores de sus vasallos.”* Los clérigos profundizan en el argumento sobre el origen del poder real al señalar que *“Si después fue proclamado Rey de España e Indias, no fue por derecho de sucesión que acababa de renunciar y perder, sino por la libre voluntad de elección de los Pueblos, que sin más consideración que el grande amor que le tenían prometieron obedecerle y juraron; pero esa elección fue nula según los principios del derecho público, que establecen para su valor las condiciones siguientes: “que sea aceptada y el aceptante sea capaz de gobernar a su Reino,” las cuales condiciones no concurrieron entonces...”* Luego los canónigos pasan al argumento fáctico de los hechos acaecidos en América cuando señalan: *“Pero aunque el juramento dado hubiese sido en su principio válido, al presente no obliga por las notables circunstancias que han sobrevenido.”* Señalan que la obligación del juramento promisorio cesa cuando su materia se hace inútil, o imposible; cuando no llena los fines porque se hizo; cuando se varían las condiciones de las personas y negocios, sustentando sus opiniones en Santo Tomás de Aquino.

Mariano de Talavera y Garcés es más extenso, más profundo y más certero. Es a Mérida lo que Juan Germán Roscio a Caracas. Cita a los teólogos Santo Tomás de Aquino (1225-1274), a Heineccius (1681-1741), y al Doctor de la Iglesia San Alfonso María Liguori, Fundador de la Congregación del Santísimo Redentor (Redentoristas) (1696-1787). Parte de su pensamiento político queda expuesto en las referencias hechas antes al Manifiesto de la Junta, redactado por él con bases en el pensamiento neotomista. En la respuesta al obispo, Mariano de Talavera y Garcés se refiere a tres proposiciones:

1. La validez o no del juramento prestado por el prelado a Fernando VII.
2. Si aún siendo válido, ha dejado de obligar; y
3. Si aún subsistiendo su validez y obligatoriedad, la independencia absoluta lo deja de obligar de cara a Fernando VII y lo obliga frente al Congreso de Venezuela, como miembro de esta sociedad.

Señala Mariano de Talavera y Garcés que el monarca perdió con su renuncia todo su derecho al trono español, y si volvió al trono fue por la voluntad popular que lo eligió como soberano. Talavera analiza esa elección a luz del Derecho de Gentes conforme a la doctrina de los teólogos Heineccius y Liguori que señalan como supuestos para la validez de una elección en primer lugar la aceptación del elegido, luego que el elegido sea apto para desempeñar el cargo, y por último que la elección sea hecha conforme a las reglas que la rige. A las tres cuestiones Talavera responde en forma negativa respecto de la elección de Fernando VIII. Sobre la obligación de sostener el juramento y sus consecuencias, Talavera partiendo de Liguori analiza las condiciones y dice textualmente lo siguiente: *“Según la doctrina del*

Illmo. Ligorio, el juramento promisorio dexa de obligar en estos casos: quando lo que era bueno al tiempo del juramento, se hace después por las circunstancias pernicioso, vano, o impedido de un bien mayor de suerte que sea mejor omitir que cumplir lo jurado: quando se muda notablemente el estado de la cosa: quando la cosa jurada es inútil para el fin propuesto, o destruye el mismo fin lejos de conseguirlo: y quando sobreviene alguna mutación que aunque no sea notable, si se hubiere previsto antes, no se habría hecho el juramento.”

Talavera contesta de manera afirmativa cada uno de los supuestos, aplicados al caso. Y en relación al tercer asunto analizado, señala que los obispos son miembros de la sociedad y están sujetos a la Constitución y a las leyes como cualquier ciudadano siempre que no perjudiquen a la Religión. Habiéndose disuelto la asociación política con España y en consecuencia el vasallaje a su Rey, compromete al prelado con su voto en la creación del nuevo Estado. Entra el sacerdote a justificar la declaración de la independencia de Venezuela en un párrafo de extraordinaria significación filosófica:

“Aun quando quedasen algunas/ relaciones provenientes de la semejanza de idioma, de costumbres y de religión, la diversidad de opiniones y de intereses/ que dividen el día de hoy la España y la América, hace imposi/ble su reunión en un mismo sistema gubernativo, y Venezuela desprehendida por un efecto de los acontecimientos/ humanos, de todos los lazos que la ligaban, libre de toda obli-/gacion á leyes anteriores, se halla en estado de ejercer su soberanía en toda su plenitud proclamando su absoluta/ independencia.”

LA CONSTITUCIÓN DE MÉRIDA

La Constitución de la Provincia de Mérida es un auténtico hito constitucional. Lo primero que declara la Constitución es la adopción de la forma federal de Estado, con lo cual se manifiesta la voluntad originaria de formar con las demás provincias la Confederación de Venezuela. El segundo artículo es curioso al declarar que el nombre de la nueva provincia será el de “Mérida de Venezuela” para evitar la confusión con las ciudades homónimas de Extremadura, Filipinas y México, que se habrían de hermanar en 1990, casi doscientos años después, en mi gestión de Alcalde.

La representación del pueblo la asume el Colegio Electoral, cuerpo colectivo conformado por los ocho diputados elegidos por cada uno de los partidos que integraban la Provincia de Mérida: Mérida, La Grita y San Cristóbal, y los nuevos de San Antonio, Bailadores, Lovatera, Ejido y Timotes. Al órgano Legislativo se le unen en la conformación del Poder Público, el Ejecutivo integrado por cinco individuos, y el Tribunal Superior de Apelaciones como órgano del Poder Judicial. El artículo 6° establece el principio federal al señalar en forma textual lo siguiente: “Reservándose esta Provincia la plenitud del Poder Provincial para todo lo que toca a su gobierno, régimen y administración interior, deja a favor del Congreso General de Venezuela aquellas prerrogativas y derechos que se versan sobre la totalidad de las provincias confederadas, conforme al plan que adopte el mismo Congreso en su Constitución general.”

Se trata de una disposición que marca de modo originario el federalismo venezolano y coloca en nuestra tradición constitucional la cláusula de las competencias residuales a favor de los Estados: toda materia que no sea expresamente atribuida al Poder Nacional le corresponde a los Estados, tal como lo reconoce el Ordinal 11 del Artículo 164 de la Constitución venezolana de 1999.

El artículo 5° establece el principio de la alternabilidad democrática, que por ser un principio originario de la República de Venezuela, forma parte de su Constitución Histórica, base de la nacionalidad y de carácter inalterable.

Votaban entonces sólo los hombres mayores de 25 años, libres, que no tuviesen causa criminal pendiente ni sufrido penas infamatorias, estén en su sano juicio y no se hayan abandonado a la bebida. Elegían apoderados en función de la población de acuerdo al padrón que levantaban conjuntamente el alcalde y el cura de cada parroquia. Una vez celebrada la misa, el cura explicará de manera sencilla la obligación de concurrir a votar en beneficio de la Patria y lo mucho que ésta se interesa en los nombramientos que se van a hacer. La elección de los apoderados debía ser por mayoría absoluta y su aceptación era obligatoria. Unas normas bien interesantes son las contenidas en los artículos 31 y 32 del Capítulo III. El Colegio Electoral debía instalarse el 21 de julio de cada año, para lo cual la Constitución prevé diversos actos preparatorios, pero si el Ejecutivo realiza actos dirigidos a evitar su instalación, el artículo 31 disponía lo siguiente: *“Si para el 20 de julio, a pesar de estar en esta capital los Electores, y de haber presentado credenciales, el Poder Ejecutivo se manifestare maliciosamente omiso en instalar el Colegio Electoral, quedará por el mismo hecho suspenso de toda autoridad, la que provisionalmente recaerá en el cabildo de esta capital, quien procederá inmediatamente a instalar el Colegio Electoral, y éste dispondrá luego el modo de suplir el Poder Ejecutivo, hasta la creación de los nuevos funcionarios, que lo ejerzan, bien sea reuniéndolos en sí, o bien poniéndolo interinamente en el mismo cabildo.”* Y el artículo 32 señalaba: *“Llegado el caso propuesto para que el Poder Ejecutivo en su resistencia no abuse de la fuerza armada, oprimiendo a los electores e impidiendo la instalación del Colegio Electoral, el jefe de las armas quedará constitucionalmente sometido a las órdenes del Cabildo de la capital, luego que sea intimado por este haber llegado en caso prevenido en la Constitución.”* (Constituciones Provinciales. 1959)

El Colegio Electoral, cuyo tratamiento era el de *“Alteza Serenísima”* podía dictar la Constitución Provincial o reformarla en lo no fundamental, nombrar los miembros del Poder Ejecutivo y sus consejeros, designar los magistrados del Tribunal de Apelaciones, el jefe de Armas; residenciar a los funcionarios públicos, es decir, examinar sus cuentas al término del ejercicio de sus funciones.

Como fue práctica unánime entonces conforme con las costumbres y valores de la sociedad colonial, se declara a la Religión Católica, Apostólica y Romana como oficial de la Provincia de Mérida, y como primera obligación del Gobierno preservarla y protegerla. Se prohíbe otro culto público o privado, aunque se permite sólo por causa pública limitadas actividades de otros religionarios. También se condiciona a los extranjeros a vivir y domiciliarse en la provincia conforme a la religión católica.

El Poder Ejecutivo estaba integrado por 5 miembros, dos al menos de las jurisdicciones alejadas de Mérida, duraban un año en sus funciones, sin remuneraciones ni reelección inmediata a menos que fuese de gran utilidad, en cuyo caso sólo se autorizaba la reelección de 2 de ellos y por una sola vez. La Constitución merideña estableció el principio de la separación e independencia de los poderes, el sometimiento de la fuerza armada a la autoridad civil, la separación absoluta de las causas religiosas de las civiles, la reserva legal para la creación de tributos, los juicios de residencia, la alternabilidad democrática, el control de gestión, la responsabilidad de los funcionarios, la autonomía municipal, la garantía del debido proceso, la prohibición de cárcel por causas civiles, entre otras disposiciones.

A los Municipios se les asignó funciones de policía, y entre sus competencias estaban el aumento de propios, la construcción de puentes, apertura de caminos, establecimiento de escuelas, de hospitales y hospicios, casas de recogidas; fomento de la agricultura, de las artes y de los oficios mecánicos; la extinción de los vagos, ociosos, escandalosos notorios y entregados a la bebida; del aseo de la población, de los abastos públicos, y de la buena educación de las familias *“por medios legales y que dicta la prudencia”* (Art. 3º, Capítulo VII).

Los alcaldes ejercían la justicia ordinaria y contra sus decisiones había recursos ante el Tribunal Superior de Apelaciones. Crea el Juez Consular por designación de los comerciantes y hacendados, dato que destaca el Académico Alfredo Morles.

La Constitución de Mérida consagró como derechos del hombre social la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad. Dice el artículo 10 refiriéndose a los deberes que “*no puede ser buen ciudadano el que no es buen hijo, buen padre, buen amigo, buen esposo, buen amo, buen criado...ni quien no observa religiosamente las leyes y el que sin justo motivo se excusa de servir a la Patria.*” Señala el profesor Marcos Avilio Trejo que esta Constitución sirvió de inspiración a otras constituciones provinciales e incluso algunas de sus ideas fueron acogidas por el Congreso Constituyente que aprobará la primera Carta Magna de Venezuela (Trejo. 13).

LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Se refiere Ángel Francisco Brice en su conocido Estudio Preliminar de la obra Las Constituciones Provinciales, que la literatura revolucionaria circulante en los años previos a los acontecimientos de 1810 ayudó a formar algunas ideas básicas del nuevo constitucionalismo y de la doctrina de la soberanía popular, y dice en una corta frase que “Se ha creído que esta doctrina de la Soberanía fue enseñada y difundida en la cátedra, el confesionario y el púlpito. (Aquí cita la obra “*Las Doctrinas Populistas en la Independencia de Hispano-América*” de Manuel Jiménez Fernández) *No pretendemos negarle su influencia a la escolástica, pero es de dudarse que tuviera influencia tan pública, porque es bien sabido cómo se perseguían y castigaban por las autoridades coloniales, que se le enseñaran o siquiera hablaran estas cosas a los pueblos sojuzgados de la América Hispana*” (Pág. 36). El historiador Ángel Francisco Brice sostiene la influencia de la carta del Abate Viscardo difundida en francés y en castellano por Francisco de Miranda a partir de 1801 y del libro de Tomás Paine que circuló en inglés desde 1776 y en castellano a partir de 1811. Ni asomo de duda sobre la reiterada afirmación sobre la influencia fundamental del pensamiento de la Ilustración y de la Revolución Americana. La pregunta es: ¿Cómo sí fue posible el conocimiento popular de los libros prohibidos y no de los textos escolásticos que no lo estaban? La verdad es que ni unos ni otros eran del conocimiento popular sino de algunas élites ilustradas, generalmente eclesiásticas, que tenían acceso al conocimiento del inglés y del francés, y a los libros, sobre todo las élites formadas en los colegios religiosos donde en forma subrepticia se leían algunos de esos autores, más probablemente a John Locke y a Juan Jacobo Rousseau, a Paine y bien tarde la Constitución Americana y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Hay que recordar que a comienzos del siglo XVI eran pocas las personas que sabían leer y escribir.

Sin desconocer la validez de las afirmaciones sobre la influencia del pensamiento de la Enciclopedia y de la Revolución Americana, lo que está bien documentado y consta en los registros es el conocimiento, la lectura y la discusión de los clásicos griegos y romanos, de Tomás de Aquino y de los neotomistas en los selectos colegios y seminarios donde abrevó la intelectualidad de la época, que desarrollan la tesis de la soberanía popular y le dan piso doctrinario sólido a las ideas contenidas en las nuevas constituciones provinciales, al menos la de Mérida. Destaca Brice el valor doctrinario de las Ordenanzas que se encontraron entre los papeles de de Picornell, Gual y España y la afirmación contenida en ellas, trascrita por Brice, sobre la “*igualdad natural entre todos los habitantes de las provincias y distritos, y encargaba que “entre blancos, indios, pardos, morenos, reine la mayor armonía, mirándose todos como hermanos en Jesé-Cristo iguales por Dios, procurando aventajarse sólo los unos a los otros en mérito y virtud, que son las dos únicas distinciones que hay de hombre a hombre, y habrá en lo sucesivo entre todos los habitantes de nuestra república*”. (Pág. 23).

Lo que no se dice es la procedencia de estas ideas que sin duda son del pensamiento neotomista como lo comprobará Mariano Picón Salas en su obra fundamental *De la Conquista a la Independencia*, y otros autores en un significativo número de investigaciones.

La frase del historiador Brice es buen punto de partida para entrar en el tema. “*Se ha creído que esta doctrina de la Soberanía fue enseñada y difundida en la cátedra, el confesionario y el púlpito*”. Hoy podemos asegurar que no es cuestión de fe la enseñanza de la tesis de la soberanía popular en las cátedras durante la segunda mitad del siglo XVIII. En el Seminario Tridentino de San Buenaventura de Mérida se enseñaba tal doctrina y la enseñanza provenía del clero, como gran parte del conocimiento filosófico y científico de la época. Mérida, por supuesto, no fue una excepción, solo que habiendo existido en esta ciudad un colegio de jesuitas, su método y sus enseñanzas profundizaron en quienes fueron sus discípulos, como está comprobado en todos aquellos lugares de América donde se instaló la Compañía de Jesús.

Luis Villoro (1981) subraya, que es un lugar común en la literatura sobre esta materia, la afirmación sobre la influencia decisiva de las ideas francesas de la Ilustración en el movimiento de independencia de las naciones americanas. También es conocida la prohibición española sobre los libros y escritos de la Ilustración, pero como el contrabando de mercancías, era común el de las ideas. Pero si en forma subrepticia se leía a ingleses, franceses y americanos, era obligatorio leer a Santo Tomás de Aquino, a Alfonso María de Liguorio, a Heinecio, a Francisco de Vitoria y a Franciscos Suárez, además de decenas de libros escritos en América por sacerdotes nacidos aquí o venidos de Europa que desarrollaron las tesis neotomistas.

El Contrato Social se publica por primera vez en 1762 y la primera traducción al castellano es de 1799. No hay duda que las ediciones inglesas se conocían en Hispanoamérica; no obstante, es preciso aclarar que las ideas sobre la soberanía popular y el pacto social como fundamento del poder del gobierno no son originarias de Rosseau, sino de la escolástica neotomista que se leía en Mérida al menos desde 1629. La primera publicación de la obra de John Locke es del año 1690, en Inglaterra. De modo que cuesta creer que estas obras hayan inspirado a los redactores de la Constitución de Mérida más que los escolásticos. Es más, John Ralfs reconoce la influencia de Francisco Suarez en Locke.

INFLUENCIA DE LOS JESUITAS

En el extraordinario estudio que hace en Nueva York Mariano Picón Salas sobre los fundamentos filosóficos de la independencia, que publica bajo el título “*De la Conquista a la Independencia*”, subraya como una de las claves el humanismo de los jesuitas. Picón Salas revisa una abundante fuente documental que lo lleva a señalar que la Compañía de Jesús fue el mayor organismo cultural y uno de los más altos poderes económicos y políticos de todo el orbe colonial. Basada en su naturaleza internacional, la Compañía de Jesús trajo a América sacerdotes notables y libros fundamentales. La recepción de la filosofía tomista y neotomista de los jesuitas en América produjo obras de singular importancia por la profundidad de los estudios en ellas contenidos y por la divulgación que tuvieron en América, gracias a la gran extensión de esta compañía en todo el continente.

Dice Mariano Picón Salas que en “*la pequeña ciudad provinciana hispanoamericana – Arequipa, Cuenca, Popayán, Córdoba- es el colegio y el convento jesuita no sólo el mayor centro de luces, sino también la banca y el oculto foro donde se debaten muchos asuntos de política local.*”(146)

Se le escapó a don Mariano nada menos que su añorada Mérida natal, por su obligado exilio de esta ciudad. Continúa Mariano Picón Salas en su estudio para adentrarse en la literatura jesuítica y se refiere a un conjunto de autores mexicanos que en sus obras sostienen las tesis neotomistas de Suarez.²

Si Mariano Picón Salas hace énfasis particular en México, María Luisa Rivara de Tuesta estudia la presencia de los jesuitas en el Perú. En su obra “La filosofía colonial en el Perú. El trasplante y recepción de la filosofía en Iberoamérica” señala que los jesuitas tenían, como los dominicos, predilección por Aristóteles y Santo Tomás, pero, en la segunda mitad del siglo XVI, hay en ellos una tendencia a la crítica libre y al pensamiento independiente y siguieron las “huellas de Francisco Suárez, el filósofo más popular que hubo en América desde fines del siglo XVI hasta principios del XIX; y el que influyó eficazmente en la resolución de la independencia americana a causa de sus doctrinas sobre el origen de la autoridad”. Los jesuitas llegaron al Perú en 1568 y apunta que los más destacados jesuitas del siglo XVI en el Perú son José de Acosta y Esteban de Ávila. No obstante, no son sólo los jesuitas los que siembran las nuevas ideas en América.

En todos los centros de educación religiosa se estudiaban las corrientes filosóficas más avanzadas, la mayoría de ellas siguiendo la corriente aristotélica. Muchos de los colegios pasaron pronto a ser universidades.³

El padre s.j. José del Rey Fajardo dice en su estudio sobre “Los Jesuitas y las raíces de la Venezolanidad”, que a los mundos del nuevo continente la nueva orden religiosa trató de dotarlos con la mejor red de colegios, base del humanismo que produjo la “República de las Letras”, y sembró en todas sus universidades las doctrinas del Doctor Eximio, quien sin lugar a dudas fue el pensador que más influyó en la América hispana hasta principios del siglo XIX.

En realidad, Francisco Suárez es, sin discusión, “uno de los talentos más profundamente analíticos que han cruzado la historia de la Filosofía y su obra metafísica ostenta tanto la novedad del genio por la disposición externa “(las Disputationes crearon su género), así como por la coherente unidad de su línea sistemática, por sus concepciones originales, en ese ambiente superior de grandiosidad trascendental en que constantemente se mueve”⁴.

² Mariano Picón Salas no hace mención en esta obra al Colegio San Francisco Javier de Mérida. Se refiere a las obras de importantes jesuitas mexicanos entre los que nombra a Francisco Xavier Clavijero, Francisco Xavier Alegre, Andrés Calvo, Andrés de Guevara y Basoazabal, todos ellos en menor o mayor grado recogieron, ampliaron y aplicaron a la realidad americana los principios de Francisco Suarez.

³ En 1538 el papa autoriza el Colegio de los frailes dominicos en Santo Domingo, a titularse Universidad de “Santo Tomás de Aquino”, y en 1540 se autoriza allí mismo la creación de una segunda universidad, la de Santiago de la Paz. En la siguiente década, España resolvió fundar sendas universidades en las capitales de los dos virreinos entonces existentes. En esta forma fueron creadas, por Reales Cédulas, las de Lima (12 de Mayo de 1551) y México (Septiembre de 1551).

En 1586 los agustinos fundan la universidad de Quito. A los dominicos se debió la creación de la de Bogotá en 1621. En Cuzco (Perú) hubo universidad desde 1598. En Córdoba (Argentina) funcionó la de los jesuitas desde 1664, y pasó a manos de los franciscanos un siglo después. En Charcas hubo una jesuítica desde 1624; en Guatemala, otra desde 1676; en Caracas, desde 1725; en la Habana, desde 1728; la de San Felipe, de Santiago (Chile), tuvo permiso desde 1738.

⁴ Gómez Caffarena, José. “Suárez filósofo”. En: *Razón y Fe. Madrid*, 183 (1948) 137.

Al construir la obra ciclópea de la Metafísica, diseñada con planos tan gigantescos, entregó al patrimonio de las universidades americanas la magnitud, el ímpetu, la riqueza constructiva y el poder científico y modernizador de esta obra que serviría de texto en las universidades alemanas hasta fines el siglo XVIII⁵.

La clarividencia intelectual del filósofo granadino previó la agonía de la cristiandad europea en sus fachadas política e internacional e intuyó que no eran los imperios el camino ideal para lograr la estructuración orgánica del mundo y la convivencia pacífica de todas las naciones sino la comunidad internacional que comprendiera todos los pueblos de todas las razas para generar así como una gran familia de la que fuesen miembros, mediante pactos y tratados, todas las naciones, pero todas autónomas⁶. Y Lawrence precisará que “la ley aplicable a esta Sociedad o Familia nos es ya aquella ley común a todas las naciones, sino una ley entre las naciones, una ley que... debe observarse por todos los pueblos y Estados en sus relaciones mutuas”⁷. Este es el mandato ético de la verdad metafísica. Así pues, será Suárez, - a juicio de Pereña⁸-, y con él el suarismo⁹, el genuino teorizante oficial de la política de la España católica y su influencia será decisiva para recomponer -casi a la letra¹⁰- el Derecho Indiano desde el empleo de la fuerza para la predicación de la fe, hasta lo que consideramos el cenit de su contribución jurídica a estas tierras: *el problema de la igualdad jurídica*.

El Doctor eximio comprobó científicamente, con su exquisitez metafísica, que todos los hombres son iguales en su origen, en su destino, en sus obligaciones y en sus derechos¹¹. Este esfuerzo hará que el concepto suareciano de la igualdad jurídica, teórico y operativo, explique su concepción de la unidad del género humano¹². Algo que en cierta medida, a nuestro juicio, se adelantará en mucho tiempo a lo que luego Kant y la modernidad jurídica introducirán sobre la eficacia del Derecho. Con toda razón podríamos afirmar con Guillermo Furlong que las doctrinas suarecianas en Venezuela, fueron como en el Río de la Plata, “la llave de oro con que nuestros próceres de 1810 noblemente abrieron las puertas a la libertad política y a la soberanía argentina”¹³.

Pero viniendo al caso venezolano haremos tan sólo referencia a dos grandes proyectos: al de la “República de las Letras” y a la “República cristiana” de la Orinoquia.

LA REPÚBLICA DE LAS LETRAS

Manuel Briceño Jáuregui afirma que la gran novedad del Humanismo “*fue la fundar por vez primera una cultura general, una guía del pensamiento y de la vida para llegar a la*

⁵ Iriarte Joaquín. “La proyección sobre Europa de una gran Metafísica –o- Suárez en la Filosofía de los días del Barroco”. En: *Razón y Fe*. Madrid, 138 (1948) 229-283.

⁶ Véase: García Villoslada Ricardo. “La idea del Sacro Romano Imperio, según Suárez”. En: *Razón y Fe*. Madrid, 183 (1948)286-311.

⁷ Lawrence. *The Society of Nations*. New York, 1919. Citado por García Villoslada en “La idea del Sacro Romano Imperio, según Suárez”, 311.

⁸ Pereña Luciano. *Teoría de la guerra en Francisco Suárez*. Madrid, I (1954) 29.

⁹ Rodríguez Barbero Félix. “Suarismo”. En: Charles E. O’Neill y Joaquín M^a. Domínguez. *Diccionario histórico de la Compañía de Jesús*. Roma-Madrid, IV (2001) 3658-3662.

¹⁰ Gómez Hoyos Rafael. *La Iglesia de América en las Leyes de Indias*. Madrid (1961) 73.

¹¹ Elorduy Eleuterio. *La igualdad jurídica según Suárez*. Salamanca (1948) 101.

¹² Elorduy Eleuterio. *Ob. cit.*, p. 115.

¹³ Furlong, Guillermo. *Historia social y cultural del Río de la Plata 1536-1810. El trasplante cultural: Ciencia*. Buenos Aires (1969) 172.

*realización más alta de la carrera humana*¹⁴. La enseñanza de la Retórica creó en Venezuela la denominada “República de las Letras” pues, fuera de las ciencias, esta disciplina constituyó el único prestigio social e intelectual hasta mediados del siglo XVIII. Como estatuye Roland Barthes la *Ratio Studiorum* de los jesuitas consagra la preponderancia de las humanidades y de la retórica latina en la educación de las juventudes. Su fuerza formativa la deriva de la ideología que legaliza, la “identidad entre una disciplina escolar, una disciplina de pensamiento y una disciplina de lenguaje”¹⁵. Los jesuitas fueron penetrando en el occidente y centro del país a través de dos formas singulares y poco estudiadas. La primera es tenue y casi imperceptible, pero, al estudiar las mentalidades venezolanas nos lleva a detectar un gran influjo de los grandes maestros de la Compañía de Jesús en los campos de la historia, filosofía, teología, moral y derecho canónico a juzgar por los haberes que reposan en las bibliotecas coloniales¹⁶. La segunda deja sus huellas en el flujo de estudiantes patrios que buscaron su promoción intelectual en los centros universitarios jesuíticos de Santafé de Bogotá en la Universidad Javeriana¹⁷ y de la ciudad de Santo Domingo en la Universidad de Gorjón¹⁸.

No se puede escribir la historia de las élites –civiles y eclesiásticas- neogranadinas y del Occidente de Venezuela sin adentrarse en la biografía del Real Colegio Mayor y Seminario de San Bartolomé¹⁹. Con toda razón escribía el más ilustre de los catedráticos de Filosofía de la Javeriana colonial, el P. Juan Martínez de Ripalda, en su libro *De usu et abusu doctrinae divi Tomae*, publicado en Lieja en 1704: “A ustedes les debe la Teología ciento veinte Doctores, cuatrocientos doce Maestros la Filosofía, siendo más de quinientos treinta los títulos

¹⁴ Manuel Briceño Jauregui. “La prelección como elemento metodológico en la enseñanza de las humanidades en los colegios jesuíticos neogranadinos (s. XVII-XVIII)”. En: José Del Rey Fajardo (Edit). *La pedagogía jesuítica en Venezuela*. Universidad Católica del Táchira, II San Cristóbal, (1991) 593.

¹⁵ Roland Barthes. *Investigaciones retóricas. I. La antigua retórica*. Buenos Aires (1974) 37.

¹⁶ Leal, Ildefonso. *Libros y bibliotecas en Venezuela colonial (1633-1767)*. Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia. Fuentes para la Historia Colonial de Venezuela, Caracas, 1978, 2 vols.

¹⁷ Del Rey Fajardo, José. *Jesuitas, libros y política en el Real Colegio Mayor y Seminario de San Bartolomé*. Bogotá, 2004. Nicolás de Barasorda y Larrazábal. *Relación de los sujetos, que se han criado en el Colegio Seminario, y Mayor de San Bartolomé, fundado en la Ciudad de Santa Fe, Nuevo Reyno de Granada...* Madrid, 1723. Ha sido reeditado por William Jaramillo Mejía. *Real Colegio Mayor y Seminario de San Bartolomé*. Bogotá, Instituto colombiano de cultura hispánica (1996) 235-271. Archivo del Colegio Mayor de San Bartolomé. Caja, Siglo XVIII, Varios, N.º., 1: *Testimonio de la información de los sujetos beneméritos de la ciudad y provincia de Antioquia enseñados y educados por los reverendos padres de la Compañía de Jesús en el Colegio Mayor Real y Seminario de la ciudad y corte de Santafé*. Año 1720. Ha sido publicado por: Daniel Restrepo y Guillermo y Alfonso Hernández de Alba. *El Colegio de San Bartolomé*. I. El Colegio a través de nuestra historia. Por el P. Daniel Restrepo S. J. II. Galería de Hijos insignes del Colegio. Por Guillermo y Alfonso Hernández de Alba. Bogotá, II (1928) 105-126. Guillermo Hernández de Alba. *Documentos para la historia de la educación en Colombia*. Bogotá, III (1976) 109-126.

¹⁸ Valle Llano Antonio. *La Compañía de Jesús en Santo Domingo durante el periodo hispánico*. Ciudad Trujillo, Seminario de Santo Tomás, 1950. J. L. Sáez. “Universidad Real y Pontificia Santiago de la Paz y de Gorjón en la Isla Española (1747-1767)”. En: José Del Rey Fajardo (Edit.). *La pedagogía jesuítica en Venezuela*. San Cristóbal, I (1991) 175-224.

¹⁹ Jaramillo Mejía, William. *Real Colegio Mayor y Seminario de San Bartolomé*. -Nobleza e hidalguía- Colegiales de 1605 a 1820. Santafé de Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, 1996. Daniel Restrepo, Guillermo y Alfonso Hernández de Alba. *El Colegio de San Bartolomé*. I. El Colegio a través de nuestra historia. Por el P. Daniel Restrepo S.J. II. Galería de hijos insignes del Colegio. Por Guillermo y Alfonso Hernández de Alba. Bogotá, 1928.

concedidos por toda la Academia... Recorran casi todas las provincias del Nuevo Reino y contemplen a sus laureados: unos revestidos de sagradas Infulas; cubiertos otros con las más ilustres Togas; unos rigiendo los pueblos con la santidad de las costumbres y con el alimento de la doctrina en los Templos; moderando otros las Ciudades desde los Tribunales con la equidad de las Leyes y con integridad incorrupta del Derecho.

Todos ellos, finalmente decorados con algo de singular piedad y con el premio de la munificencia Regia. Ciertamente, toda esta gloria, cuan grande es, revierte a sus cultivadores²⁰.

Pero, el aporte directo de la Compañía de Jesús al Humanismo colonial venezolano se realizó fundamentalmente a través de sus colegios de Mérida, Caracas y Maracaibo y de sus universidades de Bogotá y Santo Domingo.

Francisco Suarez (1548-1617), es la máxima expresión del pensamiento escolástico neotomista del siglo XVI. Influidado fundamentalmente por Santo Tomás, modifica sustancialmente puntos importantes de la doctrina tomista, entre ellos se aparta de él en puntos importantes de su ética que parte del reconocimiento de la libertad moral. El alma es libre por necesidad interna y puede elegir entre el apetito del bien sensible y el del bien espiritual. doctrina y en el sistema de presentación. Suárez escribe nuevas obras monumentales, entre ellas *Disputationes Metaphysicae*.

Francisco Suarez le imprime un gran dinamismo a su obra de relectura de Santo Tomás de Aquino a partir de la polémica surgida entre Jacobo I de Inglaterra y el papa Paulo V. Gobernaba en Inglaterra el rey Jacobo I, estudioso de teología, de origen católico y luego anglicano, uno de los representantes más vehementes del absolutismo. Impuso en 1606 de manera obligatoria un juramento de fidelidad a todos los católicos para que lo reconocieran como rey legítimo y negar toda jurisdicción extranjera incluido el derecho de intervención del Papa. Jacobo I sostenía, apoyado en forma parcial e interesada en la doctrina clásica tomista que los súbditos deben obedecer al rey como a vicario de Dios en la tierra, reverenciar al rey como su juez puesto por Dios y sometido únicamente a Dios, temerle como a vengador, amarle como a un padre, rogar por el si es bueno para que perdure y si es malo para que entre en razón, ejecutar con prontitud sus mandatos cuando son justos, y cuando son injustos huir de su furor sin rebelarse y contradecir solamente con el llanto y con gemidos, invocando el auxilio de Dios. La naturaleza social del hombre no es originaria sino que proviene de su inscripción voluntaria o involuntaria a la estructura política que encabeza el rey, de modo que el nacimiento en el territorio y el vínculo de la sangre atan a las personas a su rey, como a la familia. Los súbditos están colocados por Dios al servicio de su rey como los hijos al del padre. Esta es la doctrina política que surge de la Reforma y que de alguna manera conduce al establecimiento del principio de la *razón de Estado* en que coinciden Lutero y Maquiavelo.

El papa Paulo V comunica su oposición mediante un Breve que califica el juramento *fidelitatis* de ilícito, inválido e inútil y no podía obligar ni ligar la conciencia de los súbditos. Las tensiones entre el monarca inglés y la Santa Sede sobre cuestiones doctrinales, con grandes consecuencias jurídicas y sobre todo políticas, apuran la producción de una densa documentación contentiva de las diversas posiciones. Trascienden las opiniones del cardenal Belarmino y las de Francisco Suárez, quien publica el 13 de junio de 1613 la obra: *Defensio fidei catholicae adversus anglicanae seactae errores*. El libro impacta en el mundo de la filosofía, de la teología y de la política, fue condenado y quemado en Londres y en París, dadas las ideas que defendía el jesuita, inaceptables tanto para el absolutismo como para el

²⁰ Martínez de Ripalda Juan. *De usu et abusu doctrinae divi Tomae*. Leodii, 1704. Epístola dedicatoria.

galicanismo franceses. En lo que interesa a la posición asumida por el obispo Hernández Milánés, por consejo de Mariano de Talavera y Garcés, nos interesa profundizar en estas tesis no prohibidas en España ni en América sino por el contrario, difundidas por los jesuitas y por otras congregaciones que fundaban aquí tanto colegios como universidades, como los dominicos y los franciscanos.

Son los neotomistas, en particular Francisco Suárez, quienes con mayor empeño se ocupan de sostener las nuevas tesis sobre la naturaleza de la política y del poder, y avanzar respecto de la vieja tesis del poder absoluto y divino de los reyes. Francisco de Vitoria ya se había ocupado de refutar a Juan Ginés de Sepúlveda y la tesis sostenida por este para justificar la esclavitud de los indígenas en el Nuevo Mundo. Consta en los archivos de Mérida la existencia en esta ciudad de los libros de los teólogos fundamentales tanto del pensamiento escolástico clásico como de los renovadores, también llamados constitucionalistas, por ser los que colocaron las bases de las teorías jurídicas que conducen al reconocimiento de la existencia de normas jurídicas fundamentales que forma la base constitucional de la sociedad política. De Francisco Suárez se registran en Mérida las obras: *Disputationes metaphysicae* 1597), *De legibus ac Deo legislatore* y *Defensio fidei catholicae adversus anglicanae seactae errores*.

El neotomismo que tanto influyó en el pensamiento político de los redactores de la Constitución de Mérida de 1811 seguían fieles al postulado de Santo Tomás sobre el orden jurídico jerarquizado en cinco niveles: *lex aeterna*, *lex divina*, *ius naturale* y *ius positivum*, *lex humana* o *lex civile*. La clave de los cambios está en las relaciones entre estos niveles normativos al reconocer que las leyes humanas creadas por los hombres para regir en repúblicas particulares han de encarnar el carácter y la autoridad de leyes genuinas, por su fidelidad a los principios de la ley natural que aporta un marco moral dentro del cual deben ser dictadas las leyes humanas. Dice Suárez que una ley no caracterizada por esta justicia no es una ley, no tiene fuerza obligatoria y nunca debe obedecerse. Existe en la naturaleza humana una facultad intelectual inscrita en el espíritu que le permite discernir sobre lo justo y lo injusto. La potestad humana de hacer leyes justas está en su propia naturaleza.

Otra idea central del pensamiento neotomista, en particular de Francisco Suárez, es que el hombre fue creado libre, con lo cual la explicación absolutista del poder se queda sin base. Suárez y sus contemporáneos deben encontrar una razón válida sobre el origen del poder civil ya que nadie tiene jurisdicción política sobre ningún otro, *así como no puede decirse de nadie que tenga dominio sobre ningún otro*. No obstante, el hombre pertenece a la sociedad, como afirmaba Aristóteles, y es en la sociedad, en la comunidad, en el ámbito de su comunidad natural donde el hombre se realiza en plenitud. ¿Por qué el hombre renuncia parcialmente a su libertad natural para asociarse políticamente en una república? Esta pregunta también es esencial, y Suárez responde desde la misma libertad humana al señalar que a los hombres individuales y ordinarios se les hace difícil comprender lo que es necesario para el bien común. La necesidad de establecer una sociedad política es connatural al hombre que requiere una forma social y política que vele por el bien común. Es por ello por lo que el hombre renuncia parcialmente a su libertad para entregarla al colectivo. De esta manera se llega a la afirmación, inédita en la historia de las ideas políticas y expresada de manera clara por Francisco Suárez, que *“el poder político indudablemente surge de la ley de naturaleza y su establecimiento debe ser producto de la elección humana”*. *El poder de establecer la comunidad reposa en la naturaleza de las cosas inmediatamente en la comunidad...que para ser delegado en una persona individual, como el príncipe supremo, es esencial que le sea entregado por consentimiento de la comunidad”* (Pág. 167) La idea del consenso es definitiva para explicar el origen o nacimiento de una comunidad política legítima. *“Cuando una sociedad política nace por medios injusto, no puede decirse que el gobernante posea una autoridad legítima genuina.”*

El desarrollo de estas ideas conduce al establecimiento del derecho de rebelión pues, como afirma Suárez, proviene del derecho natural e individual a conservar la vida. Si una determinada sociedad política está amenazada de destrucción por su gobernante, aquella está en el derecho legítimo de la defensa propia y en consecuencia de resistirse al príncipe, incluso de matarlo.

El gobernante una vez recibido el mandato de la sociedad política lo asume de manera absoluta aunque sometido en conciencia al deber moral de obedecer las leyes que el mismo dicte.

Luciano Pereña (1979) resume la tesis de Francisco Suárez sobre el poder político en cinco postulados democráticos:

“1. Por los cauces normales de la naturaleza Dios ha otorgado directamente el poder político a la comunidad. Es dimensión o propiedad de la comunidad política. El pueblo, en cuanto “corpus mysticum”, es sujeto de soberanía. La soberanía popular es de derecho natural –y Suárez precisa- pero de derecho natural negativo.

2. El poder del rey o la monarquía se encuentra legitimada en el pacto entre el rey y el pueblo que determina los límites del poder y define las formas de actuación y de ejercicio del bien común. El deber de obediencia civil tiene su fundamento y sus límites en el concepto de servicio pactado o contratado.

3. La dignidad real –sus derechos y deberes– deriva de ese derecho positivo dinámicamente definido por la voluntad del pueblo. El pacto constitucional trasciende la simple arbitrariedad del tirano o del pueblo incontrolado. Autoridad y libertad se autolimitan en el régimen democrático.

4. El deber de obediencia, jurídica y éticamente, estriba en este concepto de servicio a la comunidad y en la lealtad a la propia conciencia socialmente responsable. La rebeldía y hasta la muerte del tirano puede ser un deber de convivencia social y política en defensa del Estado y de los derechos de la persona. El Estado está por encima de la monarquía.

5. El juramento de fidelidad política es un medio de seguridad para el Estado democráticamente constituido. Tiene sus límites en la legitimidad y en el uso recto del gobierno, pero también en el “consenso” y en las condiciones del pacto constitucional”. Pero no es lícito prestar juramento en contra de la propia conciencia. Los derechos de la persona son inviolables.” (Pág. 201 y 202)

Es necesario recalcar que para Francisco Suárez el rey gobierna hombres libres y que el fin del gobierno es el bienestar colectivo (tesis sostenida también por Heineccius). Son los ciudadanos los que establecen o constituyen la sociedad política. El deber de obediencia no es absoluto sino que está condicionado por la legitimidad de la autoridad y el uso recto del poder, por la necesidad y utilidad de las acciones del gobierno al bien común de la sociedad, por la equidad y la igualdad del trato a los súbditos. La desobediencia es un derecho contra la tiranía y el despotismo que se justifica cuando existe una manifiesta injusticia.

Johann Gottlieb Heineccius (1681-1714), no era jesuita pero sus libros fueron distribuidos y enseñados en los colegios y universidades jesuíticos como manuales de uso diario. Su nombre castellanizado es Juan Heinecio escribió tres libros que se encontraban en las bibliotecas católicas de América en el siglo XVIII y sirvieron de base para la formación de las élites intelectuales de aquellos siglos. A decir de Alejandro Guzmán Brito (pp. 481 - 498), este autor reunía las calidades de humanista, dogmático y iusracionalista, sin excesos filosóficos, escribió obras breves, sistemáticas y con elegante latín. Sus obras son: *Elementa iuris naturae et gentium* (1737), *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* (1725) y *Recitationes iuris civilis secundum ordinem Institutionum* (1765). Heinecio fue bastante conocido en las aulas de los colegios y universidades españolas e hispanoamericanas, y en

Mérida estaban al menos el último tal como consta en la referencia de Mariano de Talavera y Garcés. Heineccius concibe el Derecho Natural de modo distinto al iusnaturalismo escolástico clásico y de modo semejante a los neotomistas, al considerar a la ley natural como producto de una reflexión racional dada a todos en común por Dios y no como una norma objetiva inscrita por Él en la naturaleza. Así, el Derecho Natural racionalista introduce la razón y proclama su primacía sobre la naturaleza. De esta manera se inicia dentro del pensamiento católico el camino para el positivismo jurídico que se impondrá a partir del siglo XIX. Heineccius afirma que los principios del Derecho Natural deberían ser determinados por respecto a su fin que es promover la felicidad de los hombres, con lo cual se acerca a la posición filosófica de los utilitaristas.

En cuanto al pensamiento del teólogo San Alfonso María Liborio, el libro más conocido y de lectura común fue su Teología Moral, editada por primera vez en 1753. No profundizamos en su tesis filosófica porque sólo es usada para argumentar a favor del juramento del obispo ante las nuevas autoridades independientes, ni a Santo Tomás de Aquino porque su teoría sobre la validez del juramento la expone el propio Mariano de Talavera y Garcés, y sus ideas sobre la obediencia son expuestas y desarrolladas en los comentarios de los neotomistas, aparte de que son suficientemente conocidas.

Con un emplazamiento que es un claustro natural que impone su lección estética, un pueblo laborioso, una élite culta, instituciones bien fundamentadas y más de doscientos años aprendiendo Filosofía y Derecho, no podía esta ciudad aventurarse en cuartelazos, ni producir caudillos y aventureros, ni colocarse de hinojos ante los dictadores. Fiel a su particular talento, prefirió juristas a los caudillos y opta y aún hoy prefiere la ironía y el sarcasmo a la agresión. Con semejantes bagajes y pertrechos, Mérida contempla con asombro los acontecimientos políticos que sacuden a Venezuela. Sometida al mandato de gobernantes salidos con deshonor de los cuarteles, ignorantes del patrimonio representado con fidelidad en la Institución Universitaria, gobiernan como si el país y la ciudad fuesen cuarteles y sus habitantes reclutas. Deseosa de que se le reconozca sus particularidades, amparada en los principios del federalismo y la descentralización que consagra la Constitución de 1999, sufre el uniformismo impuesto por quienes no han tenido más formación que la monótona rutina militar, carente de la altura de vuelos que ha sido la característica de la intelectualidad emeritense.

La historia constitucional de la Provincia de Mérida permite hilvanar conclusiones pertinentes para contribuir con el rediseño institucional de un país que vive intensamente su momento constituyente, aún, a mi modesto juicio, inconcluso. No logra el país encontrar la fórmula que le garantice una vida digna y una existencia tranquila a sus habitantes. El sueño acariciado por todos que en parte se concretó en la nueva Constitución, no ha logrado unir al país ni la conformación de instituciones sólidas, respetables y duraderas. Por el contrario, los principios y valores que adornan la Constitución no pasan de ser recargado barroquismo, buenos propósitos muy distantes de la patética realidad que nos mantiene en permanente sobresalto. Los principios y las disposiciones que supuestamente nos aseguraban la selección idónea de magistrados sabios y probos, tropiezan con prácticas reprochables que han sido recurrentes en nuestra truculenta historia. Ninguno de los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia son constitucionalistas, ni tienen cátedra ni obra constitucional escrita, y en la trastienda se cocinaron designaciones de algunos Magistrados del Tribunal Supremo sin los méritos exigidos en la Constitución de la República. Los ideales de transparencia y rectitud en la función pública sucumben ante el impúdico saqueo a que se somete la riqueza nacional. La grandilocuencia demagógica apaga las voces de la sabiduría y de la sindéresis. Ante la concentración patológica del poder sucumben los principios de independencia y autonomía de los poderes.

La historia tiene páginas hermosas, como las descritas en los párrafos anteriores, que dicen mucho del porvenir mejor que nos espera, si aprendemos de aquellos y de las lecciones de los fundadores de nuestro Derecho Constitucional Provincial que como el de Mérida, se sustenta en los valores y principios de una filosofía que es el sostén de los derechos humanos y de la modernidad democrática.

BIBLIOGRAFÍA

Brice, Ángel Francisco. *Las Constituciones Provinciales*. Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia. Caracas. 1959.

Codazzi, A. "Resumen de la Geografía de Venezuela". En *Cultura Venezolana*. Caracas. VII. Marzo. 1924.

Chalraud Cardona, Eloy. *Historia de la Universidad de Los Andes*. Imprenta Universitaria. Mérida. 1968.

Del Rey, Fajardo. Briceño Jáuregui, Manuel. Samudio, Edda. *El Colegio Francisco Javier en la Mérida colonial*. Germen de la Universidad de Los Andes. Ediciones del Rectorado. Mérida. 2004.

Gil Fortoul, José. *Historia Constitucional de Venezuela*. Librería Piñango. Caracas. 1967.

Guzmán Brito, Alejandro. *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Vol. I. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires. 1997.

Picón Parra, Roberto. *Fundadores, Primeros Moradores y Familias Coloniales de Mérida (1558-1810)* Dos Tomos. Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia. Caracas. 1988.

Picón Salas, Mariano. *De la Conquista a la Independencia*. Fondo de Cultura Económica. México. 1944.

Rodríguez, Carlos César, (1996). *Solar*. Ediciones del Vice Rectorado Académico de la ULA. Mérida. 1996.

Skinner, Q. *Los Fundamentos del Pensamiento Político Moderno*. II La Reforma. Fondo de Cultura Económica. México. 1993.

Silva. Antonio Ramón. *Documentos para la Historia de la Diócesis de Mérida*. Ediciones Paulinas. Caracas 1983.

Trejo, Marcos Avilio. *Albores Constitucionales de Mérida*. Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Mérida 1995.

Luhmann, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1983.

Pereña, L., Abril, V., Baciero, C., García, A., Belda, F. y Maseda, F., Suárez, Francisco. De Iuramento Fifelitatis. Conciencia y Política. *Consejo Superior de Investigaciones Científicas*. Madrid 1979.

*El entramado jurídico del socialismo del Siglo XXI.
De la autocracia militar dictatorial venezolana y
su sustitución por una institucionalidad democrática
sin impunidad y sin venganza*

Román J. Duque Corredor
Coordinador Nacional del Bloque Constitucional de Venezuela

Resumen: *El presente trabajo es un análisis de los factores y la estructura del régimen opresor de Venezuela, fruto de una ideología basada en la autocracia. En el cual se destaca como uno de los elementos de esa autocracia la participación en esa estructura del Tribunal Supremo de Justicia. Asimismo, se hace referencia al deterioro social al que ha llevado esa estructura autocrática y a la sistemática persecución, con base al Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU. Y se concluye en lo difícil de la solución del conflicto político derivado de la estructura autocrática de corte ideológico.*

Palabras Clave: *Autocracia. Institucionalidad democrática. Derechos humanos. Sistemática represión. Ilegitimidad del poder público. Desarrollo humano. Corrupción. Migración. Crímenes de lesa humanidad. Alta Comisionada de Derechos Humanos.*

Abstract: *This work is an analysis of the factors and the structure of the oppressive regime in Venezuela, the result of an ideology based on autocracy. In that structure the participation of the Supreme Court of Justice stands out as one of the elements of that autocracy. Likewise, reference is made to the social deterioration to which this autocratic structure has led and to the systematic persecution, based on the Report of the UN High Commissioner for Human Rights. The study concludes in the difficulty of solving the political conflict derived from the autocratic ideological structure.*

Key words: *Autocracy. Democratic Institutions. Human Rights. Systematic repression. Illegitimacy of powers. Human Development. Corruption. Migration. Crimes against humanity. High Commissioner for Human Rights.*

SUMARIO

- I. MODELO AUTOCRÁTICO DE GOBIERNO ILEGÍTIMO DE VENEZUELA. FACTORES DETERMINANTES DE LA FALTA DE INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA
- II. LA DESTRUCCIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA FUNDAMENTALMENTE POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA INTEGRADO ILEGÍTIMAMENTE
- III. LA VIOLACIÓN MASIVA DE DERECHOS HUMANOS DETERMINANTES DEL DETERIORO DE LA CALIDAD DE VIDA Y DEL BAJO ÍNDICE DEL DESARROLLO HUMANO EN VENEZUELA. LA IMPUNIDAD Y LA GRAN CORRUPCIÓN
- IV. DISECCIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL RÉGIMEN AUTOCRÁTICO DE VENEZUELA
- V. LA VIOLENCIA Y PERSECUCIÓN DETERMINANTES DEL CONFLICTO INSTITUCIONAL ENTRE DICTADURA Y DEMOCRACIA. CRIMEN DE LESA DEMOCRACIA

I. MODELO AUTOCRÁTICO DE GOBIERNO ILEGÍTIMO DE VENEZUELA. FACTORES DETERMINANTES DE LA FALTA DE INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA

En Venezuela existe un modelo autoritario que se ha sistematizado en 20 años en un esquema dictatorial, que según el artículo 350 de la Constitución, carece de legitimidad, por su origen y por su ejercicio, pues es contrario a los valores, principios y garantías democráticos y menoscaba los derechos humanos y a la soberanía popular; modelo este al que apoyan gobiernos afines o proclives al poder omnímodo, como Cuba, Nicaragua, Rusia, China, Irán y Corea del Norte, entre otros. O, por afinidad ideológica o de estilo de gobierno, como los de Argentina o México. Ello ha ocurrido, entre otros factores, además del desconocimiento de la Constitución, por la desvirtuación de la institucionalidad electoral como origen legítimo de los poderes públicos, a causa de la actuación parcializada o partidista del Consejo Nacional Electoral (CNE), con la complicidad de un Tribunal Supremo de Justicia Ad Hoc y con el soporte antinstitucional de unas Fuerzas Armadas serviles e ideologizadas. Aparte de su conformación ilegítima e indebida, otro factor más de ese esquema dictatorial es la utilización de los poderes públicos, que controla su gobierno, como instrumentos de eliminación de los derechos fundamentales, como los derechos políticos, entre otras violaciones, la de libertad de expresión y de información, la libertad de manifestación y de protestas. Al igual que impedir el voto libre y secreto; permitir y favorecer el ventajismo electoral; impedir igualmente mecanismos democráticos como el referendo revocatorio presidencial; suprimir los partidos políticos de oposición; cerrar centros electorales y trasladar electores súbita e ilegalmente y llevar a cabo el fraude de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Todo ello descalifica constitucionalmente su Poder Electoral como un verdadero árbitro imparcial, para lo cual, incluso, ha contado con el servil respaldo de la Sala Constitucional y de la Sala Electoral del señalado Tribunal Supremo de Justicia Ad Hoc; entre otras sentencias las sentencias números 068, 069, 070, 071 y 072, del mes de junio de 2020, de la primera de dichas Salas. Sentencias estas que, al resolver una supuesta omisión legislativa, han establecido un tinglado electoral antidemocrático para permitir la permanencia del gobierno autocrático de Nicolás Maduro, que configuran las bases de un sistema electoral ilegítimo y contrario al derecho de un sufragio libre y competitivo. Al respecto, la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, en su declaración en la presentación de su Informe sobre los derechos humanos de Venezuela, en julio de 2020, afirmó: *“Las recientes decisiones del Tribunal Supremo de Justicia disminuyen la posibilidad de construir condiciones para procesos electorales creíbles y democráticos. Estas nombran nuevos rectores del Consejo Nacional Electoral sin el consenso de todas las fuerzas políticas e interfieren en la organización interna de dos de los principales partidos políticos de la oposición”*¹. A este cuadro de falta de institucionalidad antes descrito, se agrega que la nueva directiva del CNE ad hoc, designada por el referido Tribunal, usurpa el poder constituyente y el poder legislativo, al modificar la base poblacional de la representación proporcional del 1% de la población total del país, establecida en el artículo 186, de la Constitución y la Ley Orgánica de Procesos Electorales; y al establecer un nuevo procedimiento de transformación de votos en escaños para la Asamblea Nacional (AN), para aumentar el número de diputados de 167 a 277 y los votos por lista, que por la eliminación de los principales partidos de la oposición y la proliferación de mini partidos, garantizan al partido oficialista obtener la mayoría de los diputados elegidos por lista. Aumento de la base poblacional irracional cuando más de 5 millones de venezolanos han migrado y sin la actualización del registro de electores.

¹ <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26027&LangID=S>

Esta falta de institucionalidad democrática y de un auténtico control de la constitucionalidad, ha permitido la elección de los integrantes de una sedicente asamblea constituyente, por desconocimiento de los principios constitucionales y democráticos de la igualdad del voto y de la universalidad del sufragio, así como de la representación proporcional y, lo que es más grave, de la soberanía popular y del derecho de los ciudadanos a decidir si era su voluntad ejercer el poder constituyente o no y a determinar las correspondientes bases comiciales. Asamblea esta que mediante unas leyes constitucionales pretende sustituir la Asamblea Nacional. A las notas anteriores de sistema autoritario de gobierno se agrega la represión selectiva que se manifiesta en una multitud de violaciones de los derechos, como lo han certificado la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU², la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Amnistía Internacional, la Unión Europea, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la Comisión Internacional de Juristas, la Comisión de Expertos designados por la OEA y la Agencia de Refugiados de la ONU. Violación esta masiva causada no solo por actos arbitrarios contra libertades fundamentales, sino también por actos de gran corrupción de una delincuencia organizada, que han afectado gravemente derechos económicos y sociales, por el despilfarro de recursos públicos, configurando una emergencia humanitaria compleja, como lo ha señalado Transparencia Internacional y que se evidenciado dramáticamente durante el estado de excepción de alarma por el virus Covid-19. Y que coloca a Venezuela entre los países de alto grado de pobreza y de un bajo índice de desarrollo humano en el mundo. Dentro de los actos de gran corrupción se ha señalado” El Arco Minero del Orinoco como “fraude y catástrofe”³ y como “el ecocidio del Siglo XXI”⁴. Y la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, en su Informe citado de julio 2020, afirmó que este caso ‘ha dado lugar a violaciones de diversos derechos colectivos, entre otros los derechos a mantener costumbres, modos de vida tradicionales y una relación espiritual con su tierra”.

II. LA DESTRUCCIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA FUNDAMENTALMENTE POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA INTEGRADO ILEGÍTIMAMENTE

La institucionalidad democrática, en Venezuela, que es esencial en el Estado de Derecho (arts. 3º y 4º de la Carta Democrática Interamericana), ha sido destruida, entre otros factores, por el bloqueo funcional y la destrucción autoritaria de la autonomía de la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2015, por actos realizados por el Ejecutivo Nacional y principalmente, por un total hasta mayo de 2020 de 127 sentencias contra la Asamblea Nacional dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, Ad Hoc⁵, designado de manera irrita por la mayoría oficialista de la Asamblea Nacional, en postrimerías de su periodo constitucional, en diciembre de 2015. En esa destrucción de la institucionalidad democrática-

² Ver Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Resultados de la investigación de las denuncias de posibles violaciones de los derechos humanos a la vida, la libertad y la integridad física y moral en la República Bolivariana de Venezuela”, de fecha 2 de julio de 2020 (A/HRC/Res/42/4) (HRC/41/18). En este último informe la Alta Comisionada afirma: “Durante más de un decenio, Venezuela ha adoptado e implementado una serie de leyes, políticas y prácticas que han restringido el espacio democrático, debilitado las instituciones públicas y menoscabado la independencia del poder judicial. Aunque estas medidas se han adoptado con la finalidad declarada de preservar el orden público y la seguridad nacional contra presuntas amenazas internas y externas, han aumentado la militarización de las instituciones del Estado y el empleo de la población civil en tareas de inteligencia y defensa”.

³ <https://www.lapatilla.com/2018/04/27/fedor-linares-el-arco-minero-del-orinoco-fraude-y-catastrofe/>

⁴ [https://www.larazon.net\(2016/07/pro-alenxander-luzardo-el-mal-llamado-ArcoMinero](https://www.larazon.net(2016/07/pro-alenxander-luzardo-el-mal-llamado-ArcoMinero)

⁵ <https://www.accesoalajusticia.org/el-tsj-vs-la-an/>

ca la Sala Electoral de dicho Tribunal fue un artífice visible de la estrategia para suspender la proclamación de los diputados de oposición electos en Amazonas y la Región Sur Indígena e impedir así, su incorporación a la Asamblea Nacional y con ello, para impedir también que la mayoría opositora obtuviera las dos terceras partes en el cuerpo legislativo; ello mediante un amparo cautelar dictado en un proceso que se ha prolongado por denegación de justicia de esa Sala por más de cinco años. El desconocimiento de la Asamblea Nacional electa legítimamente ha implicado atentar en contra de la soberanía popular y el desconocimiento del valor del voto como fuente de legitimación política del único poder público que no está subordinado al gobierno. Sobre este atentado a los derechos políticos de los electores y a la soberanía popular, la Sala Constitucional del ilegítimo Tribunal Supremo creó la tesis absurda del supuesto desacato de la Asamblea Nacional como un motivo general invalidante para toda su actuación presente y futura. Desacato este inexistente en el ordenamiento jurídico nacional y que ha sido el sustento de toda la destrucción de la institucionalidad democrática.

III. LA VIOLACIÓN MASIVA DE DERECHOS HUMANOS DETERMINANTES DEL DETERIORO DE LA CALIDAD DE VIDA Y DEL BAJO ÍNDICE DEL DESARROLLO HUMANO EN VENEZUELA. LA IMPUNIDAD Y LA GRAN CORRUPCIÓN

Los derechos humanos, como se expresó anteriormente, están siendo vulnerados sistemáticamente a gran escala por una política de estado represiva y excluyente por el gobierno ilegítimo, como lo demuestran las decisiones o informes y sentencias contra el Estado venezolano de la Comisión o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; a lo que se agrega la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que hizo el Ejecutivo Nacional, para evitar los mecanismos efectivos de supervisión internacional del respeto y garantía de los derechos humanos, que en todo caso supone una reforma a la Constitución, en sus artículos 19 a 23 y 339: que debió ser consultada al pueblo, lo cual no se realizó. Asimismo, esa violación masiva de derechos humanos se confirma retiradamente, como se ha dicho, con los informes periódicos del Secretario General de la Organización de Estados Americanos, del Alto Comisionado y de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, respectivamente; y las observaciones del Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas. Al igual que los pronunciamientos sobre el Estado venezolano de Relatorías o instancias similares del sistema interamericano o universal de protección de derechos humanos, como los del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas o las Relatorías para la Libertad de Expresión y sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otras. Y del Comité de Expertos designados por el Secretario General de la OEA sobre la comisión de crímenes de lesa humanidad por parte del gobierno venezolano. Estos organismos internacionales han verificado la comisión de reiteradas violaciones a la libertad de expresión y han constatado la existencia de un patrón sistemático de detenciones arbitrarias; de un uso de la fuerza excesivo contra manifestantes, de manera generalizada, e incluso de torturas y desapariciones y otros tratos inhumanos o degradantes contra personas detenidas en ese contexto; de ejecuciones extrajudiciales perpetradas al reprimir protestas o en operativos de seguridad pública (OLP) o en un supuesto enfrentamiento con un grupo tildado de terrorista; y de violencia incontrolada en los centros penitenciarios. La estrategia de persecución mantiene, según Foro Penal, para mayo de 2020, una cantidad de 790 presos políticos. Y, según el Centro de Derechos Humanos de la UCAB y Espacio Público, en su Informe para finales de 2018, había aumentado el número de personas detenidas desaparecidas y otros casos de estas desapariciones fueron denunciados a la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, durante su visita a Venezuela en junio de 2019. Igualmente, a partir del 2014, el juzgamiento de civiles por tribunales militares se ha convertido en una práctica generalizada en Venezuela, según la Oficina del Alto Comisiona-

do de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, entre el 1° de abril y el 31 de julio de 2017, por cuanto más de 600 civiles detenidos en el contexto de protestas y marchas estaban siendo procesados por tribunales militares, acusados de delitos previstos en el Código Orgánico de Justicia Militar, como los de “rebelión” y “traición” y de “ataques al centinela”. Por otro lado, el Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (Cedice) de Venezuela informó que en su país se violaron 11.852 veces los derechos a la propiedad privada durante el 2017, bajo la figura de las fiscalizaciones a locales comerciales mediante organismos gubernamentales, seguidas por multas y cierres de empresa. Y el Comisionado Presidencial para los Derechos Humanos y Atención a las Víctimas denunció a la Alta Comisionada la violenta campaña de violación de los derechos humanos, al amparo de la situación generada por la epidemia, declarada como estado de excepción, a partir de marzo de 2020; la persecución y públicas amenazas al entorno político y familiar del presidente (e) Juan Guaidó; la persecución en contra de cualquier tipo de legítima disidencia política, no sólo de los integrantes del gobierno interino, sino de la mayoría de la dirigencia opositora; y la utilización del inconstitucional decreto de estado de emergencia para limitar e impedir el ejercicio de la libertad de prensa, perseguir a profesionales de la comunicación y a personas y organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la protección y la defensa de los derechos humanos; y masacres de detenidos en cárceles y penitenciarias y de grupos indígenas que protestaron por sus derechos.

Respecto de los derechos fundamentales de la vida y la libertad, en el Informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, que se presentó a la Comisión de Derechos Humanos de la misma ONU, en julio de 2020, se dice que, que han continuado las restricciones al espacio cívico y democrático con violaciones a la libertad de expresión y el derecho a la información, y la detención de líderes políticos, periodistas, sindicalistas, profesionales de la salud y personas que protestaban por los servicios públicos; que continuaron los ataques y la obstaculización del trabajo de parlamentarios de la Asamblea Nacional. En el referido Informe se enfatiza que la represión selectiva y persecución por motivos políticos ha sido política del Gobierno chavista, durante al menos una década, *“puesto que el Gobierno, así como las instituciones controladas por el Gobierno han aplicado leyes y políticas que han acelerado la erosión del estado de derecho y el desmantelamiento de las instituciones democráticas, incluyendo la Asamblea Nacional”*. Medidas estas, según el mismo Informe, que *“tienen como objetivo neutralizar, reprimir y criminalizar a opositores/as políticas y críticas al Gobierno”* Y que, *“esta tendencia se ha aumentado desde 2016, después de que la oposición ganara la mayoría de los escaños de la Asamblea Nacional, lo cual llevó a un incremento de la represión selectiva de la oposición política y a una restricción incesante del de por sí limitado espacio democrático”*. Todo ello, concluye el Informe citado, *“ha permitido al Gobierno cometer numerosas violaciones de los derechos humanos”* Puesto que, *“Las autoridades han atacado especialmente a determinadas personas y grupos, entre ellos a miembros de la oposición política y a quienes se considera que constituyen amenazas para el Gobierno por su capacidad para articular posiciones críticas y movilizar a otras personas.”* En el Informe de referencias, se resalta como grave violación que, para junio de 2020, el Tribunal Supremo de Justicia del gobierno de Nicolás Maduro, ha retirado la inmunidad parlamentaria a 28 diputados de la oposición, otros están detenidos bajo arresto domiciliario; y que para el cierre de dicho Informe las autoridades no han conformado el lugar de detención del parlamentario de la oposición Gilber Caro, quien fue detenido el 20 de diciembre de 2019. Dentro de las violaciones de la inmunidad parlamentaria y de los derechos de la libertad, es paradigmático, el caso del diputado Juan Requesens, que en agosto de 2018 fue detenido sin una orden judicial, incomunicado casi tres días y sometido a tratos crueles, y sin el debido proceso, por haber el Tribunal Supremo de Justicia de Nicolás Maduro ordenado su enjuiciamiento sin motivar su detención en flagrancia sobre el artificio de la comisión de

delitos de naturaleza permanente. En el Informe citado de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, se resalta que según la ONG Foro Penal Venezolano, por lo menos 15.045 personas fueron detenidas por motivos políticos entre enero de 2014 y mayo de 2019 y que de estas personas, 527 fueron detenidas en 2018 y 2.091 entre enero y mayo de 2019. La mayoría de ellas fueron detenidas en el contexto de las manifestaciones. Y que asimismo al 31 de mayo de 2019, 793 personas seguían privadas arbitrariamente de libertad, 1.437 personas habían sido liberadas incondicionalmente, y 8.598 personas habían sido liberadas condicionalmente y afrontaban aún prolongadas actuaciones penales y el resto fueron liberadas sin haber sido llevadas ante un juez. Por ello, la Alta Comisionada considera que el Gobierno ha utilizado las detenciones arbitrarias como uno de los principales instrumentos para intimidar y reprimir a la oposición política y cualquier expresión de disensión, real o presunta, al menos desde 2014. Asimismo, considera que pueblos indígenas han sufrido muertes en circunstancias violentas en 2019, por ejemplo, en el estado Bolívar, las comunidades Pemón que se oponen al Gobierno, en particular sus autoridades y los dirigentes indígenas, los cuales se enfrentan a una represión selectiva por parte de los agentes del Estado.

Todo lo anterior, según la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, en su mismo Informe, ya citado, es manifestación de una *“represión selectiva que se manifiesta en una multitud de violaciones de los derechos humanos, que pueden constituir persecución por motivos políticos”*, por lo que estas violaciones requieren más investigación para determinar la pertinente responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual. Un aspecto que destaca la Alta Comisionada es que *“miles de personas, principalmente hombres jóvenes, han sido matadas en supuestos enfrentamientos con fuerzas estatales en los últimos años”* Y, que *“existen motivos razonables para creer que muchas de esas muertes constituyen ejecuciones extrajudiciales perpetradas por las fuerzas de seguridad, en particular las FAES”*. Y, asimismo, que *“preocupa que las autoridades puedan estar utilizando a las FAES, y posiblemente a otras fuerzas de seguridad, como parte de una política de control social”*. Por lo que estas muertes violentas requieren una investigación inmediata para asegurar la responsabilidad de los perpetradores y las garantías de no repetición. Como evidencia de esta situación de violación de derechos humanos intangibles, en el Informe en comento, se indican, como graves hechos, que entre el 1° de enero y el 31 de mayo de 2020, habrían muerto violentamente 1.324 personas, en operaciones de seguridad; y que las denuncias de tortura física de personal militar y exmilitar son comunes; y que en los casos de denuncias de personas detenidas se determinó que en el momento de su detención no se presentaron ninguna orden judicial de detención, ni se le informaba a las personas del motivo de su detención. A este cuadro de violación de derechos civiles y políticos, se agrega la violación del derecho de información y a la información, puesto que en los últimos años el Gobierno de Nicolás Maduro ha aplicado una hegemonía comunicacional imponiendo su propia versión de los hechos y creando un ambiente que restringe los medios de comunicación independientes. Situación esta que ha continuado empeorando en 2018-2019.

Particularmente dramática es la situación de violación de los derechos económicos y sociales de los venezolanos, hasta el punto que la Alta Comisionada citada, en su Informe a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, antes referido, ha expresado que, *“Las personas en Venezuela siguen padeciendo graves violaciones a sus derechos económicos y sociales debido a los bajos salarios, los altos precios de los alimentos, las persistentes carencias de los servicios públicos, tales como la electricidad, el agua y la escasez de combustible y el precario acceso a los servicios de salud”* Y que la crisis se ha exacerbado por el incremento de las sanciones sectoriales y por la pandemia de la COVID-19. Al igual que indicó, en su Informe, también citado con anterioridad, que el desvío de recursos, la corrupción y la falta de mantenimiento en la infraestructura pública, así como la subinversión, han tenido como resultado violaciones al derecho a un nivel adecuado de vida, entre otros, debido al

deterioro de servicios básicos como el transporte público y el acceso a electricidad, agua y gas natural. Información, esta, según la Alta Comisionada, verificada por su Oficina, que confirma violaciones al derecho a la alimentación, incluida la obligación del Estado para garantizar que la población no padezca hambre. Por otro lado, señala que el principal programa de asistencia alimentaria, conocido como “cajas CLAP”, no cubre las necesidades nutricionales que son elementales para la gente. Al igual que el Gobierno no ha demostrado que ha utilizado todos los recursos disponibles para garantizar la realización progresiva del derecho a la alimentación, ni tampoco que hubiere buscado, sin éxito, asistencia internacional para abordar dichas deficiencias. Respecto a un derecho fundamental como lo es el derecho a la salud, la Alta Comisionada destacó, en su Informe de julio de 2020, que la situación en Venezuela es grave, y que hay documentación que evidencia de las carencias del 60 al 100 por ciento de fármacos esenciales en cuatro de las principales ciudades de Venezuela, incluyendo Caracas. El deterioro de la calidad de vida del venezolano, lo resalta la Alta Comisionada cuando afirma, que su Oficina recibió información de personas quienes, a pesar de no contar con acceso suficiente a alimentos, no fueron incluidas en las listas de distribución de las cajas CLAP porque no eran partidarias del Gobierno. Y que adicionalmente, a finales de 2016, Nicolas Maduro anunció la creación del “Carnet de la Patria”, una tarjeta mediante la cual todos los programas sociales serían entregados, incluyendo el nuevo sistema de transferencias directas de dinero a las familias. Y también, dice la Alta Comisionada que la lista de personas beneficiarias de estos programas es manejada por las estructuras locales del partido oficial, en vez de por las instituciones gubernamentales; y que las personas entrevistadas reportaron que los integrantes de estas estructuras locales monitorean la actividad política de las personas beneficiarias.

En este aspecto de violación de derechos económicos y sociales, que deterioran la calidad de vida del venezolano, la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, señala que la situación de vulnerabilidad de la población, se ve agravada por la masiva migración que puesto que los venezolanos que se han visto obligados a salir del país por el deterioro social, afrontan en los países de tránsito y de destino, carencia de condición de migrantes regulares, condiciones de vida indignas, explotación laboral, discriminación y xenofobia. Estos factores de vulnerabilidad, conjugados con estereotipos hipersexualizados, aumentan la exposición de las mujeres, adolescentes y niñas migrantes a la trata, la explotación sexual y otras formas de violencia de género durante el viaje y en el lugar de destino. A lo que se agrega que las personas venezolanas tropiezan con obstáculos para obtener o legalizar su documentación, lo cual vulnera su derecho a salir del propio país y su derecho a tener una identidad; lo cual tiene un impacto negativo en el derecho a adquirir una nacionalidad y en el derecho a vivir en familia e impide la reunificación familiar, la entrada y la residencia regulares, así como la habilidad para acceder a educación, servicios de salud y a un trabajo decente. Por otro lado, se indica en el Informe, citado, que las personas migrantes que dejan el territorio venezolano o que vuelven a él son muchas veces víctimas de extorsión y requisas, especialmente a manos de la Guardia Nacional Bolivariana. Además, que los cierres de las fronteras y requisitos adicionales para para viajar a los países de tránsito y destino obligan a las personas migrantes a utilizar puntos de cruce no oficiales y aumentan, por ende, el riesgo de que sean víctimas de abusos.

Por otro lado, en el Informe de julio de 2020, de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, se considera como un factor del deterioro de la calidad de vida del venezolano la gestión socioeconómica del gobierno de Nicolas Maduro, puesto que además de la hiperinflación y la contracción de la economía, las políticas económicas y sociales adoptadas durante la última década han debilitado los sistemas de producción y distribución de alimentos, aumentando la cantidad de personas que dependen de programas de asistencia alimentaria. Hasta el punto, por ejemplo, que el Fondo de las Naciones Unidas para la Alimentación y

la Agricultura (FAO) reportó que 3.7 millones de venezolanos se encuentran en estado de desnutrición y la ONG Caritas confirmó particularmente altos niveles de desnutrición entre niños y mujeres embarazada. Y, que según la Encuesta Nacional de Hospitales (2019) se constató que, entre noviembre 2018 y febrero 2019, 1.557 personas murieron debido a la falta de insumos en hospitales. Ante el alegato del referido gobierno que la causa del deterioro económico son las sanciones internacionales que se le han impuesto, la Alta Comisionada, en su Informe afirma, que, “*La economía venezolana, especialmente su industria petrolera y los sistemas de producción de alimentos, ya estaban en crisis antes de que se impusiera cualquier sanción sectorial; y que las cifras publicadas por el Banco Central de Venezuela el 28 de mayo de 2019 muestran que los indicadores económicos fundamentales empezaron a degradarse drásticamente mucho antes de agosto de 2017*”.

A todo lo anterior se agrega la ausencia de investigación efectiva y de impunidad que cercena el derecho a la justicia de las víctimas o sus familiares. También se ha comprobado el menoscabo, en gran escala, de derechos económicos, sociales y culturales, por causa de falta de servicios básicos de alimentación y la salud y pérdida de empleos por la destrucción del sector productivo, que ha llevado a Venezuela a convertirse en un país de migración masiva de población similar a otros países que sufren guerras o hambrunas o persecución racial, política o religiosa. Todo lo cual permite elaborar denuncias de delitos de lesa humanidad por ante la Corte Penal Internacional, porque de lo anterior se desprende que, de todas las infracciones al orden constitucional y democrático, son responsables el gobierno venezolano y quienes lo sostienen. Igualmente, la gran corrupción⁶, ha determinado una violación de derechos económicos y sociales, como el de la salud y la alimentación, y la pérdida de la calidad de vida, por la falta de servicios básicos: así como la depauperación de la población que ha causado la diáspora de venezolanos que ya supera los cinco millones, que por su magnitud han sido calificados como refugiados por la Agencia de la ONU para Refugiados y como una de las más graves de la historia. En virtud de la expuesto, no es de extrañar que Venezuela en el Índice de Desarrollo Humano haya bajado en este índice a 0.726 y que ha ido empeorando desde 2016 con una tendencia a menor índice⁷, puesto que desde 2013 viene mostrando una evolución muy negativa en comparación con otros países de la zona, en lo cual Venezuela pierde cuatro posiciones⁸; y que ha hecho que se encuentre en el rango 96 de la clasificación de 189 países, que encabeza Noruega con una puntuación de 0,954 y la cierra Níger con 0,377.

IV. DISECCIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL RÉGIMEN AUTOCRÁTICO DE VENEZUELA

La descripción anterior configura un esquema de un régimen autocrático, mediante la concentración de poderes contraria al Estado de Derecho; la imposición de un estado de excepción perpetuo, que infringe la Constitución y que se encuentra al margen de los límites y controles internacionales; la eliminación de la garantía constitucional de la propiedad

⁶ Venezuela ocupa el primer lugar como el país más corrupto en América y el Caribe y es quinto en el mundo, según el Índice de Percepción de la Corrupción de 2019. En la medición basada en una escala de 0 a 100 puntos, donde cero (0) es el peor desempeño en los esfuerzos de los países en la lucha contra la corrupción, Venezuela obtuvo apenas la puntuación de 16. Y solo está por encima de países como Somalia, Sudán del Sur, Siria y Yemen con puntuaciones de 9, 12, 13 y 15, respectivamente (<https://transparencia.org.ve/venezuela-es-el-pais-mas-corrupto-en-america-y-el-caribe-segun-el-indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2019/>)

⁷ http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_es.pdf

⁸ <https://economipedia.com/actual/cual-es-el-idh-de-venezuela-en-2019.html>

privada y demás derechos económicos; la vulneración abiertamente de los principios democráticos y constitucionales rectores de los procesos electorales; y la persecución política, incluso mediante el juzgamiento de civiles por tribunales militares, y las graves violaciones a derechos humanos cometidas para reprimir a los sectores sociales o políticos disidentes que han desembocado en crímenes de lesa humanidad, según la calificación de organismos internacionales especializados. Un aspecto clave de esa estructura represiva lo constituyen las muertes violentas resultantes de las operaciones de seguridad como “resistencia a la autoridad”, que la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU considera inusualmente alto, puesto que en 2018 se registraron 5.287 muertes violentas en esa categoría, y, en tanto, la ONG Observatorio Venezolano de la Violencia (OVV) notificó por lo menos 7.523 muertes violentas de esa categoría; y que entre el 1° de enero y el 19 de mayo de 2019, el Gobierno notificó 1.569 muertes violentas por “resistencia a la autoridad”. Información esta, según la referida funcionaria internacional, que indica que muchas de esas muertes violentas pueden constituir ejecuciones extrajudiciales.

Ese tinglado autoritario represivo, se cubre con entramado jurídico de leyes dictadas por la sedicente Asamblea Nacional Constituyente, llamadas constituyentes o leyes habilitantes, dictadas también por esta Asamblea; de una jurisprudencia de la Sala Constitucional de un Tribunal Supremo de Justicia integrado ilegítimamente, creadora de un desacato inexistente en el ordenamiento jurídico y del artificio de un supuesto delito de flagrancia para prescindir del antejuicio de mérito para detener arbitrariamente diputados opositores y permitir su desaparición como detenidos; y de sentencias que sustituyen las potestades legislativas de control fiscal y político; de decretos de estados de excepción sin límite temporal alguno que sirve de fundamento para la restricción de derechos políticos y para persecución políticas y de restricción a la libertad de expresión y de control de la ciencia y tecnología; de la sustitución del federalismo por protectorados de comisarios políticos y por Zonas Operativas de Defensa Integral bajo el Control de un Comando Estratégico Operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, que sustituye los poderes estatales y municipales y los entes de servicios públicos; la militarización de la administración pública y los servicios públicos; por resoluciones de control fiscal de persecución y de inhabilitación de dirigentes políticos; de una normativa electoral casuística y propicia al ventajismo electoral; de actuaciones del Ministerio Público bajo mandatos del gobierno y de la sedicente Asamblea Nacional Constituyente; de un sistema de justicia atemorizado, inerte y subordinado; y de una ausencia del Poder Ciudadano. Y, dentro de ese entramado existe una Asamblea Nacional paralela y un Consejo Nacional Electoral ilegítimo y el desarrollo de un proceso eleccionario parlamentario a base de intervención de partidos de oposición y de secuestro de sus símbolos partidistas, de modificaciones al régimen constitucional y legal de la base poblacional de la representación parlamentaria, mediante la usurpación del poder constituyente y legislativo. Todo lo cual con fundamento en una serie de sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del gobierno de Nicolás Maduro, cuyo sustento es el supuesto desacato de la Asamblea Nacional legítima y de su sedicente omisión inconstitucional para la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral, así como la usurpación por la referida Sala de la atribución de la mencionada Asamblea para designar tales rectores y el desconocimiento, por parte de la misma Sala Constitucional, de la naturaleza de elección popular de segundo grado de estos rectores y de la participación de la sociedad civil y de las universidades en su postulación.

V. LA VIOLENCIA Y PERSECUCIÓN DETERMINANTES DEL CONFLICTO INSTITUCIONAL ENTRE DICTADURA Y DEMOCRACIA. CRIMEN DE LESA DEMOCRACIA

El anterior esquema es la causa fundamental del conflicto entre gobierno ilegítimo y oposición en Venezuela, lo cual excede del concepto tradicional de conflicto político entre partidos, porque más que una lucha o disputa por el poder, se trata de la confrontación entre dos modelos ideológicos contradictorios del sistema de gobierno. Es decir, contra un esquema de un sistema autoritario de corte militarista socialista encubierto en un ecosocialismo, que incluso excluye a los antiguos comunistas. Es decir, un enfrentamiento entre el sistema autoritario socialista-militarista y el sistema democrático social del Estado de Derecho. En efecto, el factor principal de la confrontación política en Venezuela es la imposición desde el poder de la ideología de un socialismo totalitario con apoyo militar. En otras palabras, entre dictadura militarista o democracia. Que nos ha conducido a la violencia y la persecución de los sectores democráticos. El conflicto no se traduce solo en discusiones de las diferentes ideologías, sino en violencia física y en discriminación por parte del gobierno de los sectores que no comparten su ideología y hasta de sus disidentes. Y fundamentalmente en la destrucción del modelo jurídico político del Estado democrático y social de Derecho y Justicia que se contempla en la Constitución de 1999. Además, en este conflicto ideológico, el uso de la fuerza, inclusive de la justicia castrense, por el gobierno ha causado violaciones graves de derechos humanos y hasta crímenes de lesa humanidad, y en donde se distingue entre amigos y enemigos; lo cual dificulta su solución por medios democráticos de conciliación. Por otra parte, si bien se trata de un asunto interno, sin embargo, una de sus causas es externa, por la influencia de gobiernos cuyos modelos ideológicos de poder son el del socialismo totalitario antidemocrático, por lo que en la práctica implica vulneraciones del orden constitucional vigente y de los valores morales del orden social. Dado su naturaleza ideológica el contrario no es aceptado y por eso es discriminado o excluido, y el gobierno actúa como una clase dominante para legitimar su poder con medidas arbitrarias y contrarias a los derechos humanos, para imponer su sistema ideológico del poder. Imposición que se manifiesta en las restricciones a derechos civiles y políticos como la libertad de pensamiento, de expresión, de información, de manifestación y de libre elección. Por ello, el conflicto ha llegado a manifestarse en forma de enfrentamientos violentos y hasta de grupos armados paramilitares. Por otro lado, el conflicto político venezolano ha trascendido de las personas e impactado la estructura social, por razones de una política económica que ha conducido a la escasez de alimentos y medicinas, que ha incrementado los índices de mortalidad y de desnutrición y ha ocasionado la mayor hiperinflación del mundo, por lo que además configura una grave situación social. Estas características dificultan la solución, que se califica de crisis humanitaria, por los perjuicios causados a la población respecto de su alimentación y salud: lo que dificulta salidas constructivas. Una característica del conflicto político venezolano es la utilización de la fuerza armada y del Poder Judicial como instrumentos de dominio y de persecución. Y un aspecto definitorio es la de distorsión del proceso constituyente para implantar un sistema ideológico, ante la pérdida electoral del poder legislativo y de los poderes municipales frente a la oposición democrática. Lo que podría llamarse crimen de lesa democracia, como lo es destruir el sistema de partidos y del sufragio libre, universal y directo, y promover la desmotivación electoral.

La persecución en gran escala, bajo un contexto sistemático organizado y programado de discriminación y de exclusión de los sectores de la población que no simpatizan con el gobierno, así como las desapariciones, las detenciones arbitrarias, los presos políticos, el juzgamiento de civiles por tribunales militares y las violaciones a derechos fundamentales en magnitudes crecientes, como parte de ese plan sistemático, permiten calificar el conflicto político en Venezuela, a la luz del derecho penal internacional, del crimen de lesa humanidad

de persecución. Por eso, el proceso de negociación para la búsqueda de soluciones a estos crímenes es difícil, largo y de una gran exigencia de fortaleza moral y de formación política por parte de los negociadores, así como de una metodología de negociación clara, transparente y que garantice la participación de la sociedad civil en dicho proceso. Además de una probada experticia en procesos de conciliación y la presencia de observadores internacionales que velen por la irrenunciabilidad e inalienabilidad de los derechos fundamentales y de los elementos esenciales del sistema político democrático, porque de lo que se trata es del derecho del pueblo venezolano de vivir en democracia en libertad, justicia y con dignidad. Finalmente, la naturaleza dramática del momento obliga a la oposición no solo a mantener su unidad, sino que, en la búsqueda de un gobierno de transición para el cambio político, los intereses particulares no deben privar sobre los principios, y sobre todo que en la escogencia del futuro gobernante se busque consensuadamente no un simple candidato, sino fundamentalmente un verdadero estadista. Por supuesto, la división entre los que nos oponemos a ese esquema autoritario dictatorial, por la búsqueda de soluciones más inmediatas o hasta radicales, que otras que pueden parecer mediatas, pero no por ello complacientes; resulta fatal para cualquier alternativa. Ni una u otra opción garantiza su practicidad sino existe una unidad, en un gobierno de integración; y un acuerdo de gobernabilidad, sin exclusión entre quienes son verdaderos demócratas, sin compromisos con ese esquema dictatorial. Y también, por supuesto, que la cúpula gobernante ilegítimamente, es el principal obstáculo para la sustitución de ese entramado jurídico del socialismo del Siglo XXI de la autocracia militar dictatorial, cuya sustitución no será posible sin la unión de quienes pueden converger en su sustitución; y que reconstrucción de la institucionalidad democrática no se puede hacer con impunidad y con venganza.

*La desnaturalización de la
Justicia Constitucional en Venezuela*
ALGUNAS LECCIONES PARA EL ESTUDIO COMPARADO
DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

José Ignacio Hernández G.*

Abogado

*A la memoria del profesor Dr. D. Francisco Rubio Llorente***

Resumen: *Desde el año 2016, los excesos cometidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en contra de la Asamblea Nacional pusieron en evidencia la necesidad de repensar el sistema de control judicial de la Constitución.*

Palabras Clave: *Justicia constitucional, Asamblea Nacional, Sala Constitucional.*

Abstract: *Since 2016, the excesses committed by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal against the National Assembly demonstrated the need to rethink judicial review in Venezuela.*

Key words: *Judicial review, National Assembly, Constitutional Chamber.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. LAS CONDICIONES QUE FAVORECIERON LA DESNATURALIZACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA
 1. *El inadecuado marco institucional de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.*
 2. *Las amplias competencias de la Sala Constitucional y la “voracidad” de su jurisprudencia.*
- II. EL ABUSO DE PODER DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN CONTRA DE LA ASAMBLEA NACIONAL: CRÓNICA DE UN GOLPE DE ESTADO PERMANENTE

* Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Profesor de Derecho Administrativo y de la Maestría de Derecho Constitucional en Universidad Católica Andrés Bello.

** El profesor Dr. Francisco Rubio Llorente, eminente catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid, desarrolló parte de su carrera en la Universidad Central de Venezuela, dejando entre nosotros un importante legado en Derecho Constitucional y especialmente, en la teoría general de la justicia constitucional. Durante mi estancia doctoral en la Universidad Complutense pude conocerlo, llegando a desempeñarse incluso como Jurado de mi Tesis doctoral, dirigida por su amigo y catedrático profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer. La muerte del profesor Rubio Llorente, en enero de 2016, dejó un hondo vacío en el Derecho Constitucional Iberoamericano.

1. *La violación de la Constitución para negar, mediante “interpretaciones”, funciones de la Asamblea Nacional.* 2. *La indebida sustitución de la Sala Constitucional en funciones privativas de la Asamblea Nacional.* 3. *El control general y político de las Leyes de la Asamblea Nacional, en desconocimiento de toda deferencia.*

III. LAS LECCIONES DEL GOLPE DE ESTADO PERMANENTE: LA NECESARIA REFORMA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

1. *Los principios derivados del abusivo ejercicio de la justicia constitucional.* 2. *Los lineamientos para repensar la justicia constitucional en Venezuela.*

INTRODUCCIÓN

La elección de un nuevo Poder Legislativo en Venezuela –la Asamblea Nacional– en diciembre de 2015, otorgó a la coalición de oposición el control sobre ese Poder, lo que debió abrir las puertas a diversos cambios constitucionales orientados a solventar la crisis por la que, entonces, atravesaba Venezuela. Sin embargo, la Sala Constitucional, partiendo de su deficiente marco institucional, y apoyada en su jurisprudencia que expandió vorazmente sus funciones, obstruyó el ejercicio de las funciones de la Asamblea Nacional en un claro exceso de control judicial. Como consecuencia de ello, la Sala Constitucional propició un golpe de Estado permanente en contra de la Asamblea Nacional, que ha agravado la crisis política y económica en Venezuela.

Puede hablarse, así, de la *desnaturalización de la justicia constitucional*, en el sentido que la Sala Constitucional abdicó de su función de custodiar la Constitución, pues en la práctica, se dedicó a avalar la violación de la Constitución para impedir el ejercicio de las funciones de la Asamblea Nacional. Aun cuando el caso de Venezuela reúne condiciones peculiares dentro del estudio comparado del Derecho Constitucional, él permite evaluar cómo la justicia constitucional puede implicar un riesgo para la existencia del Estado Democrático y de Derecho.

Tal es, precisamente, el objetivo de este artículo: tomar del caso venezolano algunas lecciones sobre los riesgos de la justicia constitucional al correcto funcionamiento del Estado Democrático de Derecho. Para ello, se analizará –en sus aspectos generales– cuál fue la evolución de la justicia constitucional en Venezuela y cómo ésta quedó diseñada en la Constitución de 1999, explicando cómo esa Constitución partió de un indebido marco institucional. Luego, expondremos los hitos principales de la jurisprudencia de la Sala Constitucional entre 2000 y 2015, a los fines de demostrar cómo ese deficiente marco institucional promovió una jurisprudencia que desnaturalizó el rol de la justicia constitucional. Con base en estas consideraciones, pasaremos a analizar cómo la Sala Constitucional obstruyó el ejercicio de las funciones de la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015. Todo ello nos permitirá concluir con algunas recomendaciones de cómo reducir, en lo posible, los riesgos de la justicia constitucional al Estado Democrático de Derecho.

I. LAS CONDICIONES QUE FAVORECIERON LA DESNATURALIZACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

El estudio crítico del desempeño de la Sala Constitucional a partir de la elección de la Asamblea Nacional en diciembre de 2015 no puede realizarse de manera aislada. Por el contrario, tal desempeño fue influenciado por el *inadecuado marco institucional de esa Sala*, y por la *expansión progresiva de sus competencias a través de su jurisprudencia*. Ambas condiciones habían convertido a la Sala Constitucional en un órgano que concentraba diversas funciones al margen de cualquier tipo de control, para el momento en el cual la Asamblea Nacional fue electa el 6 de diciembre de 2015. Con lo cual, los excesos en los que incurrió la Sala Constitucional desde ese mismo mes de diciembre no fueron más que la aplicación de los criterios desarrollados desde el 2000, al amparo de un muy impreciso marco institucional.

1. *El inadecuado marco institucional de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*

A. *Situación de la justicia constitucional en Venezuela a finales del siglo XX. Las cuestiones políticas y la justicia constitucional*

Ya para finales del siglo XX, la doctrina venezolana había señalado la consolidación de un **sistema mixto de control judicial de la Constitución**, compuesto por el **control difuso** y el **control concentrado**, ambos basados en el principio de **supremacía de la Constitución**, de clara impronta norteamericana¹. Al ser la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico corresponde al Poder Judicial controlar esa supremacía, desaplicando al caso concreto la Ley que contradiga la Constitución –control difuso– o declarando la nulidad de la Ley contraria a la Constitución –control concentrado–. En cuanto a los orígenes históricos de ese sistema, se ha concluido que el control concentrado fue establecido en la Constitución de 1858, mientras que el control difuso fue reconocido en el Código de Procedimiento Civil de 1897².

Puede afirmarse que el **control judicial de la Constitución** constituye uno de los paradigmas básicos del Derecho Constitucional venezolano. Así, la doctrina venezolana no objetó la pertinencia de asignar al Poder Judicial el control de la Constitución a través del señalado sistema mixto, siquiera, a la luz del principio de separación de poderes. En palabras de José Guillermo Andueza³:

“Ahora bien, los partidarios de la separación rígida de poderes encuentran en la creación de un órgano encargado de ejercer la función constitucional, una violación al tan discutido principio (...) para fundamentar su afirmación, argumental que la función que realiza el órgano de la jurisdicción constitucional, no es esencialmente de naturaleza judicial sino legislativa ya que al anular la ley realiza un acto de carácter general, igual al que realiza el legislador al revocar el acto legislativo (...)

A esta doctrina debemos replicar que la anulación no puede ni debe confundirse con la derogación o abrogación de leyes. La función jurisdiccional tiene por objeto hacer que los otros poderes observen el Derecho, y para ello el constituyente ha puesto a su disposición un medio eficaz y radical para hacer observar la Constitución, la nulidad...”.

Sin embargo, también se reconoció –Humberto J. La Roche– que el principio de separación de poderes exigía respetar una suerte de **deferencia del Poder Legislativo** a través de la “presunción de constitucionalidad”. Esto quiere decir que el rol del Poder Judicial debe circunscribirse a declarar la colisión entre la norma legal y la Constitución más allá de toda duda razonable. Por lo tanto, la colisión no puede basarse en la interpretación de las llamadas “cuestiones políticas”⁴.

¹ Sobre la influencia del constitucionalismo americano en la justicia constitucional, véase en general a Francisco Fernando Segado, *La evolución de la justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 35 y ss.

² Por todos, *vid.* Brewer-Carías, Allan R. *Justicia constitucional. Instituciones Políticas y Constitucionales. Tomo VI*. Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, pp. 81 y ss.

³ Andueza Acuña, José Guillermo, *La jurisdicción constitucional en el Derecho venezolano*, Universidad Central de Venezuela-Facultad de Derecho, Caracas, 1974, pp. 27 y ss.

⁴ La Roche, Humberto, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad en Venezuela y en Estados Unidos*, Universidad del Zulia-Facultad de Derecho, Maracaibo, 1972, pp. 43 y ss.

Esta última afirmación coloca el énfasis en una de las cuestiones más problemáticas de la justicia constitucional⁵, cual es la relación entre las “cuestiones políticas” y el rol que ha de cumplir el Tribunal encargado del control concentrado de la Constitución⁶. En Venezuela, la conexión entre las cuestiones políticas y el control concentrado de la constitucionalidad quedó en evidencia por el reconocimiento de una *acción popular* para demandar la nulidad de cualquier Ley, asumiendo que tal acción popular es un mecanismo de colaboración ciudadana en el restablecimiento de la Constitución⁷. Al no establecerse barreras de acceso a la justicia constitucional se generaron incentivos para dilucidar, ante esa justicia, cuestiones políticas.

Dos áreas de conflicto, al menos, pueden apreciarse en este sentido. Por un lado, encontramos el conflicto entre el rol de la justicia constitucional y el principio de separación de poderes, por los riesgos derivados de la invasión de funciones propias del Poder Legislativo (y en ciertos supuestos, del Poder Ejecutivo) por parte de la justicia constitucional, en la medida en que ésta asuma un rol propio del “activismo judicial”. De otro lado, encontramos el conflicto entre justicia constitucional y democracia, en la medida en que el control concentrado de la Constitución puede implicar la revisión y eventual adopción de decisiones políticas propias del debate parlamentario por un órgano judicial que no tiene legitimidad democrática directa⁸.

Sabido es que la relación entre justicia constitucional y política es uno de los temas tradicionales dentro del Derecho Procesal Constitucional. Como resume Fix Zamudio, desde el inicial debate entre Schmitt y Kelsen en torno a la existencia y alcance del control judicial de la constitucionalidad de decisiones políticas, la tendencia ha sido la de ampliar el ámbito de ese control judicial, como solución apoyada en la tesis del carácter normativo de la Constitución y del principio según el cual no puede haber actos del Poder Público excluidos del control judicial⁹.

⁵ Aquí se asume una noción funcional de justicia constitucional, entendida como el control judicial de la constitucionalidad del Poder Público, dentro de lo cual se incluye la específica competencia del control concentrado de la constitucionalidad. Cfr.: Canova González, Antonio, *El modelo Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Ediciones Paredes, Caracas, 2012, pp. 21 y ss.

⁶ Tovar Tamayo, Orlando, *La jurisdicción constitucional*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1983, p. 66.

⁷ Briceño León, Humberto, *La acción de inconstitucionalidad en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 136 y ss.

⁸ Estos conflictos han sido tradicionalmente señalados en el estudio de la justicia constitucional, sin que sea objeto de este ensayo ahondar en esas consideraciones. Como referencia general, podemos citar a Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 197 y ss. Para el caso venezolano véase a Casal, Jesús María, “Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en democracia”, en *La jurisdicción constitucional, Democracia y Estado de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, pp. 105 y ss.

⁹ Fix Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional y la judicialización de la política”, en *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, pp. 559 y ss. Véase, desde Venezuela, a Casal, Jesús María, *Constitución y justicia constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 17 y ss. Véase nuestras consideraciones en Hernández G., José Ignacio, “Justicia constitucional y poder político en Venezuela”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2016, pp. 75 y ss.

Tal fue la solución adoptada en Venezuela y que se tradujo, como vimos, en un amplio sistema de justicia constitucional, en el cual el control concentrado podía ser ejercido por cualquier ciudadano. Sin embargo, la historiografía del Derecho Constitucional venezolano no registra abusos especiales en el desempeño de la justicia constitucional, a pesar de la amplitud con la cual ésta fue reconocida¹⁰.

B. *De las contradicciones presentes en la Constitución de 1999 en torno a la organización de la justicia constitucional*

La Constitución de 1999 mantuvo, en su esencia, el sistema mixto de justicia constitucional¹¹. De esa manera, el control de la Constitución se reconoció como facultad propia del Poder Judicial, distinguiendo entre (i) el control difuso, que corresponde ejercerlo a todo Juez, y (ii) el control concentrado, regulado como función privativa de una de las Salas en las cuales se organiza el Tribunal Supremo de Justicia, a saber, la Sala Constitucional. Es importante advertir que la estructura constitucional del Poder Judicial preservó la tradición consistente en establecer una organización jerárquica, en la cual el Tribunal Supremo de Justicia –compuesto por cinco Salas– es el máximo tribunal del país y, en tal condición, le corresponde actuar como máximo y último intérprete de la Constitución de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución.

Sin embargo, el marco institucional de la Sala Constitucional fue bastante impreciso, en tanto dejó abiertas diversas lagunas que fueron progresivamente suplidas por la jurisprudencia de la Sala Constitucional. A través de esa jurisprudencia, la Sala Constitucional transformó su naturaleza y funciones, convirtiéndose en el supremo órgano de todos los Poderes Públicos en Venezuela. En tal sentido, podemos identificar dos fuentes principales que marcaron la imprecisión de ese marco institucional.

Así, la *primera fuente* de la imprecisión del marco institucional de la justicia constitucional la encontramos en la contradicción sobre la *naturaleza de la Sala Constitucional*. En efecto, según el artículo 253 de la Constitución de 1999, el sistema de justicia en Venezuela está conformado por el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales determinados en la Ley. El Tribunal Supremo de Justicia, por ello, se ubica en la cúspide del Poder Judicial en Venezuela. Según el artículo 262 constitucional, el Tribunal funciona en Sala Plena, o sea, con la integración de todos sus magistrados. A su vez, y de acuerdo con la competencia por la materia, el Tribunal se organiza en cinco Salas, una de las cuales es la Sala Constitucional.

De acuerdo con el artículo 266 de la Constitución, las atribuciones jurisdiccionales del Tribunal Supremo de Justicia se distribuyen asignando competencias a la Sala Plena y a las cinco Salas del Tribunal de acuerdo con el criterio de competencia material¹².

¹⁰ Por ejemplo, desde la Constitución de 1961, y hasta 1999, el control concentrado de la Constitución fue asignado a la Corte Suprema de Justicia en Pleno, sin que se haya registrado el ejercicio sistemáticamente abusivo de sus competencias. *Cfr.*: Brewer-Carías, Allan R., *Justicia constitucional. Instituciones Políticas y Constitucionales. Tomo VI, cit.*

¹¹ Sobre el sistema de justicia constitucional de la Constitución de 1999, por todos, *vid.* Brewer-Carías, Allan R., *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 7 y ss.

¹² En general, sobre la organización constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *vid.* Brewer-Carías, Allan R., “Introducción general al régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los procesos y procedimiento constitucionales y contencioso electorales”, en *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, 2010, pp. 9 y ss.

Por lo anterior, a la Sala Constitucional corresponde (numeral 1 del artículo 266) “*ejercer la jurisdicción constitucional*”. Esta jurisdicción constitucional quedó especialmente regulada en el Título VIII de la Constitución, denominado “De la protección de esta Constitución”¹³.

No obstante, el artículo 335 estableció reguló contradictoriamente a la llamada “jurisdicción constitucional”. En efecto, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 335 de la Constitución, “*el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales*”. Continuando con ese principio, el segundo párrafo del artículo citado sostiene que el Tribunal Supremo de Justicia “*será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación*”. Nótese entonces que los dos primeros párrafos del artículo 335 asignan al Tribunal Supremo de Justicia el rol de “máximo y último intérprete de la Constitución”, a pesar de lo cual el citado artículo 266.1 atribuye el ejercicio de la “jurisdicción constitucional” a la Sala Constitucional.

¿Quién es entonces, en Venezuela, el máximo intérprete de la Constitución? ¿El Tribunal Supremo de Justicia o una de sus Salas, a saber, la Sala Constitucional? Esa duda fue resuelta en la “exposición de motivos” de la Constitución de 1999, de acuerdo con la cual la Sala Constitucional tiene el “carácter” y las “competencias” que “*tiene en Derecho Comparado cualquier Corte o Tribunal Constitucional*”. Es decir, que la Sala Constitucional, según esa exposición de motivos, se equiparó a un Tribunal Constitucional, que incluso prevalece al Tribunal Supremo de Justicia en lo que respecta a la interpretación constitucional. Por ello, de acuerdo con esta exposición de motivos, la función ya comentada del Tribunal Supremo de Justicia de “*garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales*” en su condición de “*máximo y último intérprete de la Constitución*” solo puede ejercerse por medio de la Sala Constitucional¹⁴.

Esta interpretación aparece avalada por el tercer párrafo del citado artículo 335, el cual trastocó los principios reconocidos en los dos primeros párrafos de esa norma, al señalar que “*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*”. Esto es, que a pesar de que el Tribunal Supremo de Justicia es el máximo y último intérprete de la Constitución, las interpretaciones de la Sala Constitucional fueron consideradas vinculantes para todo el Poder Judicial, incluyendo al resto de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

El resultado de esta interpretación, avalada en su momento por un sector de la doctrina venezolana¹⁵, fue que la Sala Constitucional, en la práctica, es el máximo y último intérprete

¹³ La expresión “jurisdicción constitucional”, en el caso venezolano, luce equívoca, en tanto la Constitución asumió un sistema de control jurisdiccional de la Constitución desde el Poder Judicial, con lo cual se trata de un sistema de justicia constitucional.

¹⁴ Para una crítica de este marco institucional, *vid.* Delgado, Francisco, *La idea de Derecho en la Constitución de 1999*, Serie Trabajos de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, primera edición, pp. 141 y ss. Véase previamente lo que hemos expuesto en Hernández G., José Ignacio, “Constitución y control judicial del poder en Venezuela. Breves reflexiones sobre el olvido de Locke”, en *Revista de Derecho Público N° 142*, Caracas, 2015, pp. 65 y ss.

¹⁵ Haro, José Vicente, “La jurisdicción constitucional en la Constitución de 1999”, en *El nuevo Derecho constitucional venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, pp. 501 y ss. Del autor, véase igualmente “La justicia constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999” en *Revista de Derecho Constitucional N° 1*, Caracas, 2009, pp. 137 y ss.

de la Constitución, al punto que sus interpretaciones se consideran vinculantes incluso para el Tribunal Supremo de Justicia. Otro sector de la doctrina, en posición que compartimos, cuestionó esa conclusión, señalando que el máximo y último intérprete de la Constitución es el Tribunal Supremo de Justicia, en tanto él es el máximo tribunal del país¹⁶.

De esta imprecisión resultó una paradoja: en la práctica, el máximo órgano del Poder Judicial en Venezuela no es el Tribunal Supremo de Justicia sino la Sala Constitucional, que *de facto* fue equiparada a un Tribunal Constitucional. Como veremos, la propia Sala Constitucional avaló esta conclusión al iniciar sus funciones en el año 2000.

2. *Las amplias competencias de la Sala Constitucional y la “voracidad” de su jurisprudencia*

Además de la señalada contradicción derivada del artículo 335, la Constitución atribuyó a la Sala Constitucional un catálogo amplio de competencias que excedieron del control concentrado de la Constitución¹⁷. Así, y además de ese control concentrado, la Constitución atribuyó a la Sala Constitucional la competencia para declarar “*la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador*”¹⁸ así como la competencia para “revisar” sentencias dictadas por otros Tribunales, entre otras atribuciones¹⁹. Además, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que organizó sus funciones, le permitió avocarse al conocimiento de juicios sustanciados por otros Tribunales²⁰, así como interpretar, en abstracto, la Constitución, con criterios calificados de “vinculantes”²¹.

¹⁶ Brewer-Carías, Allan R., *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, cit. Puede verse también a Casal, Jesús María, *Constitución y justicia constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 79 y ss. Asimismo, *vid.* Escudero León, Margarita, *El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, pp. 141 y ss., así como Laguna, Rubén, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: su rol como máximo y último intérprete de la Constitución*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, pp. 77 y ss.

¹⁷ Sobre las competencias de la Sala Constitucional, *vid.* Badell Madrid, Rafael, “Las competencias de la Sala Constitucional”, en *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila* N° 3, Caracas, 2002, pp. 13 y ss. Para una visión crítica, *vid.* Canova González, Antonio, “La Supersala (Constitucional) del Tribunal Supremo de Justicia”, en *Revista de Derecho Constitucional* N° 3, Caracas, 2000, pp. 285 y ss.

¹⁸ Sobre la figura de la demanda por omisión legislativa, puede verse a Casal, Jesús María “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, en *Revista de Derecho Constitucional* N° 4, Caracas, 2001, pp. 141 y ss., y Urosa Maggi, Daniela, “Control judicial de las omisiones legislativas a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho Público* N° 101, Caracas, 2005, pp. 7 y ss. Más recientemente, del primero de los autores citados, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 2015, pp. 227 y ss.

¹⁹ Entre otros, *vid.* Casal, Jesús María, “La facultad revisora de la Sala Constitucional prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución”, en *Revista de Derecho Constitucional* N° 3, Caracas, 2000, pp. 267 y ss.

²⁰ Brewer-Carías, Allan R., *Sobre el avocamiento de procesos judiciales por parte de la Sala Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013. Véase en esa obra nuestro “Prólogo” (pp. 9 y ss.).

²¹ Esto es, que la Sala Constitucional puede resolver “recursos de interpretación” de la Constitución sin necesidad de ejercer el control sobre alguna Ley o acto de similar rango. Sobre esta facultad de interpretación de la Sala Constitucional, *vid.* Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 52 y ss.

No es de extrañar, por ello, que con este amplio catálogo de competencias y su muy impreciso marco constitucional, la Sala Constitucional decidiera asumir el ejercicio de competencias que van más allá del rol propio de la justicia constitucional. Así, la Sala Constitucional asumió el rol de “máximo intérprete” de la Constitución, incluso, frente al resto de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, incluyendo la Sala Plena, o sea, al Tribunal Supremo de Justicia en Pleno. Por ello, la Sala Constitucional se atribuyó la competencia para avocarse, revisar y anular sentencias de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia y en general, de cualquier Tribunal del país²². Como resultado de lo anterior, la Sala Constitucional desnaturalizó su rol, pues de Sala del Tribunal Supremo de Justicia pasó a ser una suerte de Máximo Tribunal, superior incluso al propio Tribunal Supremo, dada su función de fijar interpretaciones vinculantes de la Constitución, y que *de facto*, conoce controversias que van más allá de relaciones jurídico-constitucionales²³.

En tal sentido, de este catálogo amplio de competencias interesa destacar tres líneas de la jurisprudencia asumida por la Sala Constitucional desde el año 2000:

.- En *primer* lugar, su función interpretativa de la Constitución fue desnaturalizada, en tanto la Sala Constitucional creó, con su jurisprudencia, el recurso “autónomo” de interpretación de la Constitución, que fue luego avalado por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Con ello, la Sala Constitucional permitió que cualquier duda constitucional fuese resuelta, con carácter vinculante, en interpretaciones abstractas, al margen del control concreto de un acto del Poder Público.

Un ejemplo de lo anterior sucedió en diciembre de 2015, cuando el Presidente de la Asamblea Nacional cuyo mandato expiró en 2016 solicitó a la Sala Constitucional que “interpretara” si de acuerdo con la Constitución, esa Asamblea podía ejercer sus funciones hasta el 5 de enero de 2016, o sea, luego de vencido el período ordinario de sesiones. La respuesta favorable de la Sala permitió a esa Asamblea Nacional designar –en contra de la Constitución– a trece (13) magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, nombramiento que ha debido corresponder a la Asamblea electa el 6 de diciembre y que inició su mandato el 5 de enero de 2016²⁴.

.- En *segundo* lugar, y con ocasión a esta función interpretativa, la Sala Constitucional asumió la denominada “jurisdicción normativa”, esto es, decisiones que, en la práctica, crean normas jurídicas vinculantes. Podemos citar como ejemplo el procedimiento de la acción de amparo constitucional, que fue modificado de acuerdo con su regulación legal a través de un procedimiento creado en una sentencia de la Sala Constitucional que interpretó, con carácter vinculante, la Constitución. Este método fue empleado especialmente por la Sala Constitucional para dictar normas jurídicas en aquellas materias que, previstas en la Constitución, no contaban sin embargo con una regulación legal. En estos casos, como fue criticado por la doctrina, la Sala Constitucional actuó como “legislador positivo”, pues creó –por medio de sus sentencias– normas jurídicas.

²² Cfr.: Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, cit., pp. 11 y ss. Más recientemente, del autor, *La patología de la justicia constitucional*, tercera edición ampliada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 13 y ss.

²³ Como sea que la Sala Constitucional puede, en la práctica, avocarse a cualquier juicio y revisar cualquier sentencia, ella puede dirimir cualquier controversia, incluso, en juicios civiles, comerciales y penales.

²⁴ Sobre esta facultad de interpretación de la Sala Constitucional, *vid.* Brewer-Carías, Allan R., *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, cit., pp. 52 y ss.

Ello fue así, incluso con ocasión a declarar la nulidad de normas legales, disponiendo la Sala Constitucional, en su sentencia de nulidad cómo debía quedar redactada la norma legal anulada²⁵.

.- Por último, y en *tercer* lugar, y de conformidad con el numeral 7 del artículo 336 de la Constitución, la Sala Constitucional asumió el control de las omisiones legislativas. Empero, la Sala Constitucional no se limitó a declarar la inactividad u omisión del Poder Legislativo en el cumplimiento de sus mandatos constitucionales, sino que además, procedió a sustituirse en el Poder Legislativo, dictando el acto supuestamente omitido por éste. Por ejemplo, bajo esta desviada interpretación, la Sala Constitucional designó a funcionarios de los Poderes Públicos cuya designación corresponde al Poder Legislativo²⁶.

En resumen, la jurisprudencia de la Sala Constitucional amplió sus competencias, más allá incluso de lo dispuesto en la propia Constitución, que en no pocas ocasiones fue objeto de “mutaciones” derivadas de las “interpretaciones” de la Sala. Con lo cual, la Sala Constitucional desdibujó el principio de separación de poderes, al ubicarse como el órgano supremo del Estado, todo lo cual desnaturalizó el principio de *supremacía constitucional* reconocido en el artículo 7 del Texto de 1999, en cuyo lugar se colocó el principio de la *supremacía de la Sala Constitucional*²⁷, cuyas sentencias, además, evidenciaron una clara inclinación política a favor del Gobierno Nacional²⁸.

II. EL ABUSO DE PODER DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN CONTRA DE LA ASAMBLEA NACIONAL: CRÓNICA DE UN GOLPE DE ESTADO PERMANENTE

La configuración de la Sala Constitucional como el supremo órgano del Estado, de acuerdo con lo expuesto en la sección anterior, permitió a esa Sala Constitucional disolver *de facto* a la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015. Ello fue resultado de diversas sentencias de la Sala dictadas a partir de 2016, por medio de las cuales la Sala Constitucional impidió a la Asamblea Nacional ejercer sus tres funciones, a saber, (i) la función legislativa; (ii) la función deliberativa y (iii) la función de control²⁹.

²⁵ Urosa Maggi, Daniela, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, pp. 100 y ss.

²⁶ Antes de 2016 la Sala Constitucional designó, en dos oportunidades, a los rectores del Consejo Nacional Electoral -cuya designación es competencia privativa de la Asamblea- considerando que el Poder Legislativo ha omitido llevar a cabo esa designación (sentencias N° 2.341/2003, de 25 de agosto, y N° 1.865/2014, de 26 de diciembre). Como veremos, en 2016 la Sala repitió este irregular proceder.

²⁷ Una extraordinaria crítica en Brewer-Carías, Allan R., “Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la Interpretación Constitucional a la Inconstitucionalidad de la Interpretación”, en *Revista de Derecho Público* N° 105, Caracas, 2006, pp. 7 y ss.

²⁸ Canova González, Antonio, et al, *El TSJ al servicio de la revolución. La toma, los números y los criterios del TSJ venezolano*, Editorial Galipán, Caracas, 2014, pp. 115 y ss.

²⁹ Sobre las funciones de la Asamblea, *vid.* Avelado, Ramón Guillermo, *Curso de Derecho Parlamentario*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2013, pp. 71 y ss., y Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano, Tomo I*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, pp. 439 y ss. Desde 2000, y debido a la concentración de funciones en torno a la Presidencia de la República, se ha debilitado el marco institucional de la Asamblea Nacional. Puede verse sobre ello a Matheus, Juan Miguel, *La Asamblea Nacional: cuatro perfiles para su reconstrucción constitucional*, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Montevilla-Editorial Jurídica Venezolana-Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro, Caracas, 2013, pp. 45 y ss.

Más que el análisis de todas esas sentencias –tarea ya abordada por la doctrina, y en la cual hemos igualmente formulado algunas consideraciones³⁰– lo que interesa en esta sección es identificar cuáles fueron las causas en virtud de las cuales la Sala, en claro abuso de poder, perpetró un golpe de Estado permanente en contra de la Asamblea Nacional³¹.

1. *La violación de la Constitución para negar, mediante “interpretaciones”, funciones de la Asamblea Nacional*

El primer exceso en el que incurrió la Sala Constitucional fue haber establecido limitaciones a las funciones de la Asamblea Nacional por medio de “interpretaciones” a la Constitución que, en la práctica, desnaturalizaron tales funciones.

De esa manera, la Sala Constitucional negó la facultad de control de la Asamblea Nacional sobre el Decreto del Presidente de la República que declara el estado de excepción (sentencia N° 7/2016 de 11 de febrero). Con ese mismo criterio, la Sala Constitucional ratificó la constitucionalidad de los nuevos Decretos de estado de excepción y sus prórrogas que han sido dictadas el Presidente de la República³². Asimismo, la Sala Constitucional redujo las facultades de control de la Asamblea Nacional reconocidas en los artículos 222 y 223 de la Constitución sobre todos los órganos del Poder Público (sentencia N° 9/2016 de 1° de marzo).

En todos estos casos, la Sala Constitucional no interpretó la Constitución, sino que en realidad, modificó el contenido de esa Constitución para vaciar las funciones de control de la Asamblea Nacional, que quedaron reducidas en cuanto a su alcance y desprovistas de efectos jurídicos.

2. *La indebida sustitución de la Sala Constitucional en funciones privativas de la Asamblea Nacional*

La Sala Constitucional se sustituyó en funciones privativas de la Asamblea Nacional, que le fueron atribuidas por la Constitución atendiendo a la representación popular que el Poder Legislativo ejerce por medio de su función política de deliberación y control. Desconociendo toda margen de deferencia, la Sala Constitucional se sustituyó en esas funciones, incluso, llegando a asumir ella esas funciones o “delegando” en la Presidencia de la República su ejercicio.

³⁰ Para el análisis detallado de todas las sentencias de la Sala Constitucional que afectaron el funcionamiento de la Asamblea Nacional, *vid.* Brewer-Carías, Allan R., *Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, 2016. Por nuestra parte, hemos analizado estas sentencias en el prólogo a ese libro. *Cfr.*: Hernández G., José Ignacio, “El asedio a la Asamblea Nacional”, en *Revista de Derecho Público N° 145-146*, Caracas, 2016, pp. 71 y ss.

³¹ Empleamos la expresión “golpe de Estado permanente”, para describir cómo, mediante un conjunto hilvanado de decisiones, la Sala Constitucional vació de atribuciones efectivas a la Asamblea Nacional y asumió el ejercicio de sus funciones, desconociendo con ello a la elección del 6 de diciembre. El concepto, como es sabido, fue trabajado por François Mitterrand, en *Le Coup d’Etat permanent*, Union Générale D’Éditions, Paris, pp. 63 y ss.

³² Brewer-Carías, Allan R., *Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, *cit.*, pp. 195 y ss. Véanse las sentencias –todas del 2016– N° 4 de 20 de enero; 184 de 17 de marzo; 411 de 19 de mayo; 615 de 19 de julio; 810 de 21 de septiembre y 952 de 21 de noviembre. En 2017 esta práctica se ha mantenido. Véanse las sentencias N° 4 de 19 de enero; 364 de 24 de mayo; 547 de 25 de julio; 727 de 25 de septiembre y 959 de 21 de noviembre.

La justificación para usurpar el ejercicio de las funciones de la Asamblea Nacional fue la tesis según la cual ésta se encontraba en desacato de la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, que había “suspendido la proclamación” de cuatro (4) diputados, tres de ellos de la coalición de oposición³³.

En realidad, nunca hubo tal desacato: la sentencia de la Sala Electoral era inejecutable, pues ordenó suspender la proclamación de diputados ya proclamados³⁴. Además, y en todo caso, los tres diputados de la coalición de oposición que fueron “suspendidos” optaron por desincorporarse de la Asamblea, pese a lo cual, la Sala Constitucional mantuvo la declaratoria de desacato.

Y en todo caso, de haber sido cierto ese desacato, éste solo hubiese conducido a imponer sanciones personales, pero en modo alguno podía invocarse tal “desacato” como una razón para impedir a la Asamblea Nacional ejercer sus funciones y, lo que es más grave, para usurpar el ejercicio de esas funciones³⁵.

A todo evento, invocando el desacato de la Asamblea Nacional, la Asamblea Nacional procedió a declarar inconstitucionales todos los actos por ésta dictados –al margen de cualquier valoración sobre su contenido³⁶- y además, asumió el ejercicio de funciones de la Asamblea, o permitió a otros órganos del Poder Público ejercer esas funciones. El mejor ejemplo de lo anterior lo encontramos en la decisión de la Sala Constitucional de suprimir el control parlamentario sobre el presupuesto, aun cuando, según la Constitución, el presupuesto debe ser aprobado mediante Ley (artículo 311).

De tal manera, en su sentencia N° 814/2016 de 11 de octubre, la Sala Constitucional consideró que debido al “desacato”, la Asamblea Nacional no podía aprobar el presupuesto,

³³ Sentencia de la Sala Electoral N° 260/2015 de 30 de diciembre. En esa sentencia la Sala Electoral admitió el recurso contencioso electoral basado en el supuesto “fraude” en la elección de cuatro diputados y ordenó la suspensión de su proclamación, pese a que esa proclamación ya se había realizado. Casi dos años después la Sala Electoral no ha resuelto el recurso.

³⁴ La suspensión de efectos solo procede respecto de actos cuyos efectos se mantengan en el tiempo. Pero los efectos del acto de proclamación son instantáneos, en el sentido que con ese acto, el diputado electo pasa a ser diputado proclamado y titular del beneficio de la inmunidad, de acuerdo con el artículo 200 constitucional. *Cfr.*: Brewer-Carías, Allan R., “El desconocimiento judicial de la elección popular de diputados” y Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, “La justicia electoral erigida en obstáculo para la paz en Venezuela”, ambos en *Revista de Derecho Público 145-146*, Caracas, 2016, pp. 285 y ss. y 319 y ss., respectivamente.

³⁵ Así ha procedido la Sala Electoral, por ejemplo, en sentencia N° 89/2017 de 29 de junio, en la cual se declaró el desacato de un mandamiento de amparo cautelar y, en consecuencia, se impuso sanción de multa personal. En modo alguno se consideró que, a consecuencia del desacato, el órgano que supuestamente había incumplido la sentencia quedaba inhabilitado para ejercer sus competencias.

³⁶ No solo se anularon Leyes, como veremos, sino actos parlamentarios sin forma de Ley. Por ejemplo, la Sala Constitucional desconoció funciones de la Asamblea en su decisión N° 948/2016 de 15 de noviembre, por medio de la cual la Sala Constitucional suspendió el procedimiento iniciado por la Asamblea Nacional a fin de declarar la responsabilidad política del Presidente de la República. En otros casos, la Sala Constitucional se sustituyó en funciones de la Asamblea Nacional sin aludir, siquiera, al desacato. Es el caso de la sentencia N° 269/2016 de 22 de abril, ratificada en sentencia N° 473 de 14 de junio, por medio de la cual la Sala Constitucional admitió el recurso de nulidad interpuesto en contra del *Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional*. Como medida cautelar, la Sala Constitucional modificó diversos artículos de ese Reglamento, imponiendo además nuevas reglas de debate a la Asamblea. De esa manera, la Sala Constitucional, al dictar mediante sentencia reglas internas de funcionamiento de la Asamblea, usurpó la atribución de ésta de dictar sus propias normas internas (numeral 19 del artículo 187 de la Constitución de 1999).

razón por la cual tal control sería ejercido por la propia Sala Constitucional y por el Poder Ejecutivo. Con esta sentencia, la Sala modificó el régimen constitucional del presupuesto al suprimir el control parlamentario³⁷.

Además, la Sala Constitucional, en sentencia N° 1.086/2016 de 13 de diciembre, declaró la omisión legislativa de la Asamblea Nacional al no designar a dos (2) rectores del Consejo Nacional Electoral. Consecuentemente, procedió a designar a esos rectores, excediéndose del control judicial de las omisiones legislativas, pues ese control en modo alguno puede permitir a la Sala asumir funciones privativas de la Asamblea.

Incluso, en su sentencia N° 156/2017, de 29 de marzo, la Sala Constitucional anunció que ante el “desacato” de la Asamblea Nacional, en lo sucesivo, ella ejercería sus funciones o, en su caso, indicaría el órgano del Poder Público que ejercería tales funciones, lo que implicaba establecer, de manera previa y general, la incapacidad de la Asamblea Nacional para ejercer sus funciones, más allá del control de actos concretos³⁸. Esta sentencia fue severamente cuestionada por la comunidad internacional y dio lugar a protestas ciudadanas en Venezuela, con un lamentable saldo de muertos y heridos³⁹. Aun cuando la Sala Constitucional intentó “corregir” su sentencia, en el fondo, ha seguido invocando el “desacato” para impedir a la Asamblea Nacional ejercer sus funciones⁴⁰.

3. *El control general y político de las Leyes de la Asamblea Nacional, en desconocimiento de toda deferencia*

Salvo una⁴¹, todas las Leyes aprobadas por la Asamblea Nacional fueron declaradas inconstitucionales por la Sala Constitucional en virtud del control previo reconocido en el artículo 214 del Texto de 1999⁴². Este solo dato es índice revelador de un claro exceso. Junto a ello, además, hay que considerar dos aspectos: (i) la Sala Constitucional declaró la inconsti-

³⁷ Con similar criterio, en sentencia N° 618/2016 de 20 de julio la Sala Constitucional limitó ciertas facultades de control de la Asamblea Nacional sobre el Banco Central de Venezuela.

³⁸ Lo novedoso de esta sentencia no fue tanto el criterio mantenido, pues ésta ya había sido defendido por la Sala Constitucional. Lo novedoso fue que en esta sentencia la Sala Constitucional dejaba ver que ya no sería necesario revisar actos y Leyes de la Asamblea, pues como regla, ésta no podría ejercer ninguna de sus funciones, las cuales serían asumidas directa o indirectamente por propia Sala.

³⁹ Véase *El País*, 1° de abril de 2017: https://elpais.com/internacional/2017/03/30/actualidad/1490889781_349765.html. Las protestas iniciadas en abril de 2017 derivaron en sistemáticas violaciones de derechos humanos. Véase el Informe *Violaciones y abusos de los derechos humanos en el contexto de las protestas en la República Bolivariana de Venezuela del 1 de abril al 31 de julio de 2017*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Ginebra, Agosto de 2017.

⁴⁰ Como hizo, por ejemplo, en la sentencia N° 959/2017 de 21 de noviembre, antes citada. Al aprobar la extensión del Decreto de estado de excepción, extensión que había sido improbadada por la Asamblea Nacional, la Sala recordó que “esta Sala reitera una vez más que el órgano legislativo nacional se encuentra en flagrante desacato al Poder Judicial, específicamente, a las decisiones dictadas por esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; razón por la cual, cualquier acto mediante el cual se pretenda desaprobar o inobservar el Decreto antes indicado es nulo, inexistente, ineficaz y carente de validez”.

⁴¹ Ley que Regula el Uso de la Telefonía Celular y la Internet en el Interior de los Establecimientos Penitenciarios (Gaceta Oficial N° 6.240 extraordinario de 15 de julio de 2016).

⁴² Véanse los comentarios a estas sentencias en Brewer-Carías, Allan R., *Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, cit., pp. 259 y ss.

tucionalidad de esas Leyes sin garantizar el derecho a la defensa de la Asamblea Nacional, quien no pudo exponer sus argumentos a favor de la constitucionalidad de esas Leyes. Además, (ii) la inconstitucionalidad fue declarada de manera genérica e imprecisa, afectándose a toda la Ley, y no a específicos artículos. En tal indeterminación la Sala Constitucional obvió cualquier margen de deferencia a favor de la Asamblea Nacional, sustituyéndose incluso en valoraciones políticas propias del Poder Legislativo.

Tal margen de deferencia había sido incluso reconocido por la Sala Constitucional con anterioridad cuando –recordemos- la Asamblea Nacional se encontraba bajo el control político del oficialismo). Pero en este caso, y ausencia de juicios jurídicos basados en la deferencia al Poder Legislativo, la Sala Constitucional, en realidad, se dedicó a bloquear el funcionamiento de la Asamblea Nacional⁴³.

III. LAS LECCIONES DEL GOLPE DE ESTADO PERMANENTE: LA NECESARIA REFORMA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

El golpe de Estado permanente en contra de la Asamblea Nacional fue causado principalmente por el ejercicio abusivo de la justicia constitucional, que desnaturalizando su rol y obviando todo margen de deferencia, se sustituyó en el Poder Legislativo, incluso, para ejercer sus atribuciones. Este abuso fue facilitado por el impreciso marco institucional de la Sala Constitucional y sus muy amplias competencias, todo lo llevó a esa Sala a convertirse en el máximo tribunal de Venezuela, no solo en materia de justicia constitucional sino en general, respecto de cualquier área del Derecho.

Con lo cual, el caso de Venezuela ilustra muy bien los riesgos que la justicia constitucional representa para el Estado Democrático y de Derecho, y consecuentemente, las medidas que deben adoptarse a los fines de impedir, en la medida de lo posible, que la justicia constitucional degeneren en una instancia de solución de controversias políticas.

1. *Los principios derivados del abusivo ejercicio de la justicia constitucional*

Las comentadas sentencias que desnaturalizaron la justicia constitucional ante el desconocimiento de las funciones del Poder Legislativo en Venezuela parten de diversos principios que convendría resumir.

.- En primer lugar, la Sala Constitucional negó que la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2015 sea un órgano de representación nacional, pues según la Sala, se trataría de un órgano dominado por una "mayoría" que pretende imponer un orden contrario a la Constitución. Así, al declarar la nulidad de la *Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional*, la Sala Constitucional, en sentencia N° 264/2016 de 11 de abril, señaló lo siguiente:

⁴³ Como ha señalado Jesús María Casal en la lección inaugural de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés pronunciada el 13 de octubre de 2016, "*la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, desde enero de 2016, no ha ejercido un control judicial de constitucionalidad sobre la Asamblea Nacional, como era su deber y hubiera sido en abstracto deseable, sino ha cumplido funciones de bloqueo político del Parlamento, que ahora desembocan en la pretensión de suprimirlo y acaso sustituirlo como expresión orgánica de una de las ramas del Poder Público*". Con mayor detenimiento, véase el discurso de incorporación del Jesús María Casal como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el Sillón N° 8, de 18 de julio de 2017. Allí concluye que durante 2016, se desarrolló un "*proceso de desmantelamiento de la Asamblea Nacional, como órgano fundamental de la Democracia, llevado a cabo por el Tribunal Supremo de Justicia en alianza con el Ejecutivo Nacional*". Puede consultarse en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/IndividuosDocs/237/Discurso%20de%20incorporaci%C3%B3n-Versi%C3%B3n%20Final.pdf>

“Ello es así, porque la idea de la partición política no tiene carácter fundamental en lo que se refiere a la constitucionalidad de la amnistía, en el sentido que se superponga y domine los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución, ya que someter la validez de las amnistías exclusivamente al grado de legitimidad de las mismas, es abrir un espacio a la arbitrariedad y al desconocimiento de los elementos estructurales del Estado y de la concepción de la Constitución como garantía de los derechos fundamentales, abriendo un espacio para el desarrollo de posiciones de poder e influencia política tanto de las minorías activas como centros de poder para legitimar sus actividades al margen del ordenamiento jurídico, como de las mayorías que circunstancialmente puedan adherirse a tales posiciones en desconocimiento del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”⁴⁴.

.- En *segundo* lugar, la Sala Constitucional desconoció la deferencia a favor del Poder Legislativo, no solo al impedir el ejercicio de las funciones de control de la Asamblea, sino además, al declarar inconstitucionales las Leyes dictadas por la Asamblea con base en motivaciones genéricas, sostenidas en interpretaciones igualmente imprecisas de la Constitución⁴⁵. Muestra de ello es que, en virtud del control previo de la Constitución, la Sala declaró inconstitucionales a todas las Leyes, y no solo a ciertos artículos de éstas.

.- En *tercer* lugar, la Sala Constitucional se sustituyó en funciones privativas de la Asamblea Nacional. Esto es consecuencia, primero, del excesivo control previo de la constitucionalidad ejercido. Además, esta sustitución también fue efectuada cuando la Sala Constitucional dictó reglas internas de funcionamiento de la Asamblea. Finalmente, la Sala Constitucional se sustituyó en la Asamblea Nacional al ejercer el control presupuestario y al designar a rectores del Poder Electoral.

Estos excesos ponen en evidencia los riesgos que representa, para la democracia constitucional, el sistema de justicia constitucional en Venezuela, riesgos que parten del indebido marco institucional de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Junto a estos riesgos, debe considerarse que el modelo de control concentrado de la Constitución, como el vigente en Venezuela, es resultado de la articulación de tres paradigmas: (i) el carácter normativo de la Constitución; (ii) el reconocimiento del control judicial de la Constitución radicado en un órgano judicial especializado y (iii) el principio según el cual todo acto —e incluso, omisión— del Poder Público, y particularmente, del Poder Legislativo, debe quedar sometido a ese control⁴⁶.

⁴⁴ Paradójicamente, la Sala Constitucional, en el pasado, había exacerbado el rol de la mayoría parlamentaria. *Vid.* Nohlen, Dieter y Nohlen, Nicolas, “El sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional Federal (La igualdad electoral en debate con una mirada a Venezuela)”, en *Revista de Derecho Público N° 109*, Caracas, 2007, pp. 7 y ss.

⁴⁵ Como ha señalado Jesús María Casal en la lección inaugural de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés pronunciada el 13 de octubre de 2016, “*la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, desde enero de 2016, no ha ejercido un control judicial de constitucionalidad sobre la Asamblea Nacional, como era su deber y hubiera sido en abstracto deseable, sino ha cumplido funciones de bloqueo político del Parlamento, que ahora desembocan en la pretensión de suprimirlo y acaso sustituirlo como expresión orgánica de una de las ramas del Poder Público*”.

⁴⁶ Tales paradigmas pueden estimarse comunes en el estudio comparado de la justicia constitucional. Para el caso venezolano, y además de las citas referidas, podemos remitir a Escudero León, Margarita, *El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativas y ejecutivas del Poder Público*, cit., pp. 59 y ss. y Duque Corredor, Román J., *Temario de Derecho Constitucional y Derecho Público*, Legis, Caracas, 2008, pp. 123 y ss.

Este último paradigma permitió afirmar la inexistencia de actos excluidos del control judicial⁴⁷, lo que derivó en un riesgo apuntado por Francisco Rubio Llorente: la “*juridificación progresiva de relaciones entendidas hasta ahora de modo exclusivamente políticas*”⁴⁸.

Estos paradigmas generan un riesgo claro: el de un indebido control judicial sobre el Poder Legislativo que, partiendo del “activismo judicial”, derive en la libre creación de preceptos jurídicos por parte del juez constitucional, sustituyendo de esa manera las deliberaciones políticas propias de todo sistema democrático abierto y plural, como advirtiera Francisco Rubio Llorente⁴⁹.

Ello es lo que ha sucedido, precisamente, en Venezuela. La justicia constitucional, lejos de ser instrumento de garantía del Estado de Derecho, ha degenerado en la creación de un órgano (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia) que se erige en el supremo órgano de todos los Poderes Públicos, asumiendo interpretaciones únicas y vinculantes.

El resultado ha sido la práctica eliminación de la distinción entre la política y la justicia, en el sentido que la Sala Constitucional, en “interpretaciones originales, autónomas y supremas” de la Constitución, asume decisiones únicas que reducen notablemente el debate y diálogo político, especialmente en el marco del ejercicio de las funciones constitucionales de la Asamblea Nacional. De ello deriva una notable contradicción no solo con el Estado de Derecho –por la concentración de funciones en cabeza de la Sala Constitucional– sino también con la democracia constitucional.

2. *Los lineamientos para repensar la justicia constitucional en Venezuela*

Estos riesgos ponen en evidencia la necesidad de repensar el modelo de justicia constitucional en Venezuela. No es objeto el presente artículo exponer, en detalle, el contenido de tal reforma. Retomando algunas ideas previas, bastará con formular, esquemáticamente, cuáles deberían ser, nuestra opinión, las líneas de tal reforma⁵⁰.

.- De esa manera, el primer punto a debatir sería si conviene mantener el actual sistema mixto de control de la Constitución, o si por el contrario, debería suprimirse el control concentrado preservando únicamente el control difuso. Con este cambio, ciertamente, el ámbito del control judicial de la Constitución se reduciría, pero en compensación, se evitarían los riesgos del método de control concentrado, que consolida tal función jurisdiccional en un solo Tribunal, en contraposición al control difuso, que distribuye tal función entre todos los Tribunales. Otra ventaja es que el control difuso de la constitucionalidad solo aplicaría a controversias basadas en casos concretos, impidiéndose así los abusos derivados del control concentrado de la Constitución. Ello, por su parte, reduciría los riesgos del “activismo judicial” y de la politización de la justicia constitucional.

⁴⁷ Brewer-Carías, Allan R., *Justicia Constitucional. Instituciones Políticas y Constitucionales*. Tomo VI, *cit.*, pp. 161 y ss.

⁴⁸ Rubio Llorente, Francisco, *La Corte Constitucional Italiana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966, p. 1.

⁴⁹ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 580

⁵⁰ Ver: Hernández G., José Ignacio, “¿Se justifica el control concentrado de la constitucionalidad en Venezuela? Algunas notas sobre los límites y riesgos de la justicia constitucional”, en *VI Congreso Internacional de Derecho Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo. Homenaje a Carlos Ayala Corao*, Universidad Monteávila, Caracas, 2017, pp. 521 y ss.

Podrá objetarse, frente a esta propuesta, que el control difuso de la Constitución dificulta uniformar criterios de interpretación de la Constitución. Sin embargo, esa unificación puede lograrse a través del control difuso ejercido por las Salas del Tribunal Supremo de Justicia dentro del ámbito de sus competencias. Tampoco creemos, por último, que esta reforma afecte los paradigmas de la justicia constitucional, pues en suma, el control concentrado de la Constitución es, también, control judicial de la Constitución⁵¹.

- La otra alternativa a debatir consiste en preservar el sistema mixto, pero organizando y acotando las funciones del Tribunal a cargo del control concentrado. Una opción en este sentido es reconocer la existencia de un Tribunal Constitucional, como órgano de similar jerarquía al Tribunal Supremo de Justicia, evitándose que una de las Salas de ese Tribunal acumule más funciones que el resto de sus Salas. Es también posible preservar a la Sala Constitucional, pero en cualquier caso, sería necesario implementar profundas reformas en cuanto a su régimen jurídico. Tales reformas, en términos generales, se resumen de la siguiente manera⁵²:

.- En *primer* lugar, deben reducirse las competencias de la Sala o del Tribunal a cargo del control concentrado de la Constitución, únicamente a la potestad de declarar la nulidad de los actos del Poder Público de rango constitucional, excluyendo las competencias que permitan expandir las funciones de la Sala, muy en especial en cuanto a la “interpretación” de la Constitución y el control de las omisiones legislativas. Respecto de este último caso, es preciso señalar que la imposibilidad de sustitución plena del Tribunal en tal omisión resta eficacia a su control judicial y eleva el riesgo de una indebida sustitución en el ejercicio de funciones del Parlamento. En lugar del control judicial sobre esas omisiones podrían introducirse mecanismos de control político sobre el Poder Legislativo y sobre la responsabilidad individual de los diputados que participan en tal omisión. En suma, el control y defensa de la Constitución no debe ser, exclusivamente, un control judicial.

.- En *segundo* lugar, debe eliminarse la “acción popular de inconstitucionalidad”, esto es, la legitimación que permite a cualquier ciudadano demandar la nulidad de actos cuyos destinatarios son indeterminados e indeterminables, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Por el contrario, la existencia de un interés jurídico actual –junto a un interés calificado por Ley a favor de ciertos funcionarios- coadyuvaría a que la demanda de nulidad siempre se asocie a una controversia relacionada con la aplicación del acto del Poder Público reputado inconstitucional, evitando de esa manera los riesgos de demandas que solo procuran burlar la prohibición de actuación de oficio del Tribunal, y que amplían las posibilidades de excesos que afectan el funcionamiento del Poder Legislativo.

.- En *tercer* lugar, deben crearse mecanismos especiales de designación, rendición de cuentas y remoción de los Magistrados de la Sala o Tribunal a cargo del control concentrado. La Sala Constitucional es la única Sala del Tribunal Supremo de Justicia que cuenta con una regulación especial en la Constitución, lo que evidencia que el tipo de decisiones que esa Sala dicta son cualitativamente más relevantes que las decisiones del resto de las Salas del Tribunal, dada la especial naturaleza del control concentrado.

⁵¹ Claro está, el control difuso, en tanto control judicial de la Constitución, no está exento de los riesgos a la democracia constitucional derivados de los excesos de tal control. *Cfr.*: Dean, Howard, *Judicial Review and Democracy*, Random House, Nueva York, 1966, pp. 5 y ss.

⁵² Algunas propuestas en este sentido han sido formuladas por Jesús María Casal, en *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, *cit.*, pp. 95 y ss.

Por ello, los magistrados de ese Tribunal deben estar sujetos a normas estatutarias especiales que refuercen su autonomía e independencia, y le obliguen a rendir cuenta de sus actuaciones, para paliar en parte el déficit democrático de la Sala.

.- En *cuarto* lugar, todas las funciones de la Sala o Tribunal a cargo del control concentrado deben sujetarse a procedimientos contradictorios y transparentes, no solo para garantizar el derecho a la defensa del Poder Legislativo y demás interesados, sino además, para asegurar la transparencia en la actuación de un tribunal que, pese a no tener origen democrático directo, participa decisivamente en el funcionamiento de la democracia constitucional. Ello vale, en especial, para el control previo de la constitucionalidad de las Leyes aprobadas por el Poder Legislativo.

.- En *quinto* lugar, debe dictarse una Ley procesal especial a la justicia constitucional. La ausencia de tal Ley, como vimos, ha creado incentivos para la voracidad de la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

.- En *sexto* lugar, es preciso que la Ley procesal que se dicte en la materia desarrolle adecuadamente el margen de deferencia el control concentrado debe respetar respecto del Poder Legislativo. Tal margen opera en tres sentidos: *(i)* la inconstitucionalidad solo puede ser declarada cuando, más allá de toda duda razonable, la única interpretación posible de la Ley colida con la Constitución; *(ii)* la inconstitucionalidad debe limitarse a los artículos específicamente afectados por el vicio de inconstitucionalidad, debiendo valorarse con extrema cautela los vicios que afectarían la nulidad de toda la Ley y *(iii)* el control judicial no puede sustituirse en decisiones valorativas del Poder Legislativo, en tanto esas decisiones corresponden exclusivamente a las deliberaciones políticas del Poder Legislativo en el marco del pluralismo político.

En resumen, es preciso señalar que el principio de universalidad de control de los actos del Poder Público, en el marco del control concentrado de la constitucionalidad, no debe implicar que toda decisión política debe ser siempre y necesariamente objeto de control judicial de fondo y forma, pues en suma, ello desplaza el debate político de los escenarios democráticos adecuados –el Parlamento– a la decisión única, definitiva e irrevisable de la justicia constitucional⁵³. Asimismo, es preciso apuntar que el carácter normativo de la Constitución no debe llevar a una interpretación que pre-ordene, limitadamente, el alcance debate político. La deferencia al debate político en la sede del Parlamento, y el entendimiento de que al amparo de la Constitución es posible asumir diversas y contradictorias decisiones con base en la evolución del debate democrático, son premisas que deben articularse a los paradigmas comentados.

⁵³ Esto responde a un exceso en cuanto al carácter normativo de la Constitución. Que la Constitución contiene normas jurídicas vinculantes no implica que toda decisión política siempre y necesariamente debe estar pre-configurada normativamente por la Constitución. Por el contrario, debe reconocerse que la Constitución, como corresponde a Estados democráticos, permite la adopción de diversas y opuestas decisiones por la libre configuración del debate político.

Relectura deconstructivista del Derecho Internacional en el Siglo XXI

Asdrúbal Aguiar*

Abogado

“La visione della sfera internazionale come spazio sociale unico é stata soppiantata da una comprensione del mondo frammentata, o caleidoscopica, che crea nuove configurazioni spaziali e temporali dove il particolare e l’universale risultano completamente confusi”. Martii Koskenniemi, Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960, Bari, Editori Laterza, 2012.

Resumen: El ensayo predica que coexisten una evidente ingobernabilidad a nivel planetario con una realista administración de lo inmediato y local bajo el sostenimiento, mientras alcanza, de una ficción estatal soberana como eje de las relaciones internacionales. Ello, al menos evita la sensación del vacío, pero sólo eso, la sensación: “el mundo refleja una situación anárquica por la ausencia de una autoridad global” a la vez que “la soberanía del Estado [¿o acaso la idea de lo nacional?] continúa siendo el centro de las relaciones internacionales” formales. Imaginarlo visualmente, hoy, resulta difícil, pues las expresiones artísticas del deconstructivismo se muestran anárquicas, diversas, separadas, independientes unas de otras pero unidas desde lo interior; que no es, exactamente, lo que se aprecia como desiderátum dentro de una globalización del desorden jurídico y político y de las incertidumbres. Revisitando la obra de Martii Koskenniemi (*Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960, Bari, Editori Laterza, 2012*) se constata, al igual que lo hace este, que “la visión de la esfera internacional como espacio social único ha sido suplantada por una perspectiva fragmentada del mundo”. Ello permite, cuando menos, imaginar los cambios a los que se habrá de adaptar el Derecho internacional para servir como un régimen jurídico necesario en el siglo XXI; que se pueda regenerar desde sus bases conceptuales, bajo riesgo de seguir siendo un rompecabezas sin vocación sistemática y de universalidad.

Palabras Clave: *Derecho internacional. Historia. Doctrina. Trialismo. Liberalismo. Globalización digital. Estado. Soberanía. Inteligencia Artificial. Carta de San Francisco. Humanismo cosmopolita. Deconstructivismo. Globalización. Cultura occidental. Nacionalismos. Identidades. Democracia constitucional. Responsabilidad internacional. Responsabilidad de proteger. Justicia social internacional. Crímenes de trascendencia internacional. Derechos humanos. Hombre. Humanidad. Orden mundial. Tratados. Práctica diplomática. Derecho cosmopolita.*

* Exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor Titular de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas) y de la Universidad del Salvador (Buenos Aires). Profesor Visitante del Miami Dade College. Miembro de la Real Academia Hispanoamericana de Ciencias, Artes y Letras.

Abstract: *The essay preaches that an evident ungovernability at the planetary level coexists with a realistic administration of the immediate and local under the support, while it reaches, of a sovereign state fiction as the axis of international relations. This at least avoids the sensation of emptiness, but only that, the sensation: "the world reflects an anarchic situation due to the absence of a global authority" as well as "the sovereignty of the State [or perhaps the idea of the national?] continues to be the center of formal international relations". Imagining it visually, today, is difficult, since the artistic expressions of deconstructivism are anarchic, diverse, separate, independent of each other but united from the inside, which is not exactly what is seen as a desideratum within a globalization of legal and political disorder and uncertainties. Revisiting the work of Martti Koskenniemi (Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960, Bari, Editori Laterza, 2012) it is verified, as does this, that "the vision of the international sphere unique social situation has been supplanted by a fragmented perspective of the world". This allows, at least, to imagine the changes to which international law will have to adapt to serve as a necessary legal regime in the 21st century; that it can be regenerated from its conceptual foundations, at the risk of continuing to be a puzzle without systematic vocation and universality.*

Key words: *International Law. History. Doctrine. Trialism. Liberalism. Digital globalization. State. Sovereignty. Artificial Intelligence. Charter of San Francisco. Cosmopolitan humanism. Deconstructivism. Globalization. Western culture. Nationalisms. Identities. Constitutional democracy. International responsibility. Responsibility to protect. International social justice. Crimes of international transcendence. Human rights. Man. Humanity. World order. Treaties. Diplomatic practice. Cosmopolitan law.*

Pasadas cuatro décadas y algo más desde el inicio de mi actividad como docente de Derecho internacional, el momento del balance intelectual se presenta inexcusable. Las realidades del mundo aparentan ser distintas y no por aparentar dejan de ser muy exigentes. Las narrativas distintas y en avance presionan y hasta pugnan, acicateadas por un igual y acaso ¿también aparente? renacer de las ideologías en el plano de lo global.

Se creyó, en vano, que el fin de la bipolaridad internacional y el agotamiento de la experiencia del socialismo real de suyo afirmaban los principios del Estado liberal de Derecho, decantado por siglos y como expresión fidedigna de la cultura judeocristiana y grecolatina. Antes bien, ocurren mutaciones nominales y hasta un secuestro recíproco de consignas entre las viejas banderías de la bipolaridad –la diarquía del siglo XX– y se perturban a propósito los contenidos del vocabulario político y jurídico, para impedir la movilidad de las ideas. Destaca, eso sí, el coetáneo desmoronamiento por ineficacia sobrevenida de las instituciones domésticas e internacionales conocidas, de mediación entre las tribus y el mundo o la Humanidad.

Son visibles la lucha abierta en la escena mundial entre poderes dispersos y una resurrección de la lógica «schmittiana»: “la política como irreducible oposición amigo/enemigo”. Ayer era la oposición entre los grandes espacios vitales (*Grossraum*), hoy, superada sin que desaparezca la territorialidad como base de las identidades y para la definición de las áreas de poder incluido el jurisdiccional de los Estados, ocurre otra oposición o antagonismo: entre «nomos» o piezas dispersas o subdivisiones de lo humano que encuentran sus espacios en el imaginario o en la virtualidad, signados por el fraude de lo antropológico, la idea de la diferencia y/o la exclusión por razones étnicas, raciales, religiosas, de género, generacionales, urbanas, culturales, etc.

Cabe, pues, la obligada revisión de lo aprendido y enseñado hasta ahora con miras a que los estudiantes y profesores de este tiempo nuevo que nos espera y a la luz de sus propias circunstancias temporales, a manera de ejemplo, eviten lo que fuera característico del pensamiento de los mayores exponentes alemanes del Derecho internacional hasta mediados del siglo XIX, como Georg Friedrich de Martens (1756-1821) –profesor a Gotinga, distinto del célebre diplomático ruso-báltico Fedor Friedrich Martens, 1845-1909– y Johan Ludwig Klüber (1762-1837). Para ellos la disciplina que nos ocupa era meramente racional y estática, extraña a las concepciones de la sociedad y la cultura, y único reflejo del activismo diplomático oficial: “Le correspondía extraer apenas las reglas generales luego de observar las relaciones entre los Estados [europeos] para mejor asistir las acciones de una culta diplomacia”.

Para quienes los suceden en el tiempo, en especial Hans Kelsen (1881-1973), que funda la Escuela de Viena junto a Alfred Verdross (1890-1960) y Joseph Laurenz Kunz (1890-1970), empeñado el primero en limpiar al Derecho y al Derecho internacional de sus impurezas y/o desviaciones políticas, optan por afirmar una teoría pura que reduce lo jurídico a mera técnica normativa-sancionatoria. Algunos la califican, al igual que a la perspectiva precedente, como hipocresías que llegan a su final con las grandes guerras del siglo XX hasta que aparece, previo un intersticio renacentista del Derecho natural como fundamento del Derecho internacional posbélico, el posmoderno “militantismo jurídico”. Quienes se adscriben a dicha tendencia hacen de la doctrina *ius* internacionalista un verdadero “instrumento de acción política”.

En el campo anglosajón, en efecto, están quienes insisten en la función ideológica del Derecho y de los valores que éste transmite. Los británicos ponen el énfasis en los vínculos entre el Derecho y las relaciones internacionales, mientras que, en Estados Unidos se lo hace con las ciencias políticas. En el Tercer Mundo, entre tanto, afloran los que combinan las realidades sufrientes en curso con la ideología socialista y como un medio para confrontar al Derecho internacional clásico; mientras que, en el espectro comunista, se censura al Derecho internacional como expresión de una sociedad internacional dominada por Estados burgueses, optando por entenderlo y calificarlo como un Derecho de mera “coexistencia pacífica”. Cada parte del mundo se ha de regir bajo las reglas internacionales de quien logre aglutinarlo, es el predicado. No cesa a pesar del agotamiento del socialismo real en 1989.

Un amplio recreo y análisis crítico de todo este movimiento intelectual consta en la obra de Martti Koskenniemi, catedrático finlandés quien nos devuelve al estudio de la historia del Derecho internacional como suerte de “suave civilizador de las naciones”: título de su magistral reflexión, en la que da cuenta del ascenso y caída, según él, de nuestra asignatura (Del autor, *Il mite civilizzatore delle nazioni, Ascesa e caduta del diritto internazionale*, 1870-1960, Roma-Bari, Laterza, 2012).

Los autores contemporáneos que actualizan el célebre y voluminoso texto pedagógico francés de Nguyen Quoc Dinh (1919-1976), *Droit international public* (Paris, LGDJ, 2009), citan que el autor nórdico adhiere a la «escuela crítica» que busca desmitificar las aproximaciones tradicionales, denunciando el reduccionismo formalista y estatista del Derecho internacional a la vez que aportando análisis sociológicos y pragmáticos con un propósito preciso: “hacer evidentes los intereses camuflados tras las reglas del derecho” y con vistas al deconstructivismo posmoderno en boga u obra inevitable de la transición hacia un orden global que aspira ser distinto.

Al caso, para mejor entender tan inédito panorama releo al jurista argentino Juan Carlos Puig, mi entrañable compañero de tareas fundacionales en el Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Universidad Simón Bolívar, entonces ganado nuestro centro para la perspectiva estructuralista dominante en América Latina: Celso Furtado, Helio Jaguaribe,

Jorge Sábado, Aldo Ferrer, y Osvaldo Sunkel, desde el ángulo económico y sociológico participan como actores del primer encuentro del Instituto en 1976. Puig me anima, a la sazón, para que profundice en el Derecho internacional general de manos de Werner Goldschmidt (1910-1987), quien decanta el trialismo como método y que aquél aplica a nuestra disciplina con admirable lucidez (*Introducción filosófica al Derecho: La teoría trialista del mundo jurídico y sus consecuencias*, Buenos Aires, Depalma, 1976).

Dada su experiencia como catedrático e investigador del Derecho y las relaciones internacionales, recalca Puig la importancia de coordinar siempre la dimensión normativa con la sociológica. Cultivador como era de la concepción tridimensional mencionada, se empeña en sortear los muros del mero formalismo jurídico. Mira la realidad dentro de la que han de alcanzar su efectividad las descripciones normativas al objeto de que el Derecho se materialice, teniendo siempre por norte que al declinar de una manera «trialista» se ha de resolver siempre con base al criterio de Justicia y su regla exegética *pro homine et libertatis*.

La misma regla de interpretación del Derecho internacional, constante luego en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) valida entonces el predicado: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto fin”. Así, al entrar en vigor la Convención Americana de Derechos Humanos (1978), que es desarrollo prescriptivo del principio de orden público internacional que emerge al término de la Segunda Gran Guerra [“la dignidad humana es intangible”, reza el artículo 1° de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949) en línea con la Carta de San Francisco], dispuso luego en su artículo 29 que:

“Ninguna disposición de la presente Convención... puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir... suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos...[o] c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno...”.

No presencia Puig el desmoronamiento de la Cortina de Hierro, menos el advenimiento de la globalización digital o el panteísmo que hoy trastorna los sólidos culturales –copio el giro a Zygmunt Bauman (*Modernidad líquida*, México, México, FCE, 2003)– dando lugar a la posmodernidad. No obstante, al trabajar su obra sobre *Derecho de la comunidad internacional* (Buenos Aires, Depalma, 1974, Volumen 1: Parte general) que no alcanza a completar dejando sin editar su volumen segundo, presente ya la necesaria evolución del Derecho internacional hacia otro estadio. Habla de un cambio de paradigma que nos llevaría hacia un Derecho «estatal mundial» que logra imaginar.

Advierte lo que muchos vemos ayer como delirio o matización literaria del maestro:

“Toda una era en la evolución geo-bio-morfológica terráquea [y su taxonomía] está llegando a su fin: la del laboreo de los metales comenzada hace más o menos veinte mil años en el cuaternario” (*Integración latinoamericana y régimen internacional*, Caracas, Universidad Simón Bolívar, 1987 p. 394).

En suma, salvo en lo relativo a los principios fundamentales que acaso puedan trascender, lo escrito en los manuales de enseñanza sobre Derecho internacional y lo que aún se sostiene en pie y trasmite como aportaciones que apoyan o aún expresan la doctrina y la jurisprudencia internacionales corrientes, lo cierto es que aún enseñamos refleja “desnudez de alma”.

Incluso lo que nos suministra la experiencia práctica cotidiana de los expertos y los diplomáticos de oficio en cuanto al manejo prescriptivo de las relaciones entre los Estados, sino se le tamiza de modo crítico y oteando por sobre la incertidumbre, en un momento de cambio

de épocas en la historia del hombre y las civilizaciones como el señalado, concluye en una grotesca caricatura del edificio de la juridicidad mundial, incluido el constitucional de los Estados. O se lo muestra sin ventanas abiertas o se lo congela visualmente en su explosión, para mostrar apenas sus partes como si no tuviesen una estructura común que las sostenga.

Al menos en el Occidente de las leyes, sobre de un descampado global que muestra fracturas de hondo calado y el evidente debilitamiento en las fortalezas de los sujetos de nuestra disciplina – los Estados con sus gobiernos junto a las organizaciones internacionales creadas por aquellos para gestión de las relaciones de cooperación o de interés común, en su mayoría nacidas de las Grandes Guerras del siglo XX – la consideración factual que nos hace Luigi Ferrajoli (Del autor, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, 2. Teoría de la democracia, Madrid, Editorial Trotta, 2011), neopositivista quien le da continuidad a la escuela de Norberto Bobbio, cabe atenderla con mucha seriedad, por lo dicho:

“Junto al Estado [que inaugura el paradigma del Derecho positivo moderno] han hecho su aparición, particularmente en el siglo pasado, otras formaciones políticas originarias, producidas por otros poderes constituyentes, que han puesto en crisis, a través de los ordenamientos inter- o supranacionales constituidos por ellos, la autosuficiencia normativa de los Estados nacionales y su misma independencia y soberanía... Al mismo tiempo se han hecho cada vez más inadecuadas, por arriba y por abajo, gran parte de las viejas funciones del Estado nacional”.

Tal como lo señala de manera palmaria este filósofo del Derecho florentino y apreciando lo corriente:

“De aquí se ha seguido una progresiva pérdida de relieve de los Estados, que se han revelado demasiado grandes para las cosas pequeñas y demasiado pequeños para las cosas grandes”.

La cuestión es que al relajamiento del Estado –al cabo es una construcción o formación jurídica artificial e históricamente localizada, que “comienza a morir desde su nacimiento” y desde cuando la delimita teóricamente Thomas Hobbes (*Leviathan*, London, 1651)– y a la pérdida de sus perfiles territoriales como los entienden los Tratados de Paz de Westfalia y Utrecht (1648) hasta que adquiere portada principal el «principio de las nacionalidades» teorizado por Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888), ahora le sigue la señalada “inefectividad estructural” de unas instituciones internacionales “sustancialmente carentes de poderes”. Llenas de lagunas o aporías creadas por el conjunto de los mismos Estados para neutralizarlas o sujetarlas a sus voluntades políticas unilaterales, son tales organizaciones, irremisiblemente y es el caso de la ONU, un reflejo de la igual decadencia de aquellos.

Mientras ocurre la acusada incapacidad del Estado para las «cosas nuevas», las realidades globales y las domésticas -en el marco de inmediatez y de fragmentación que significa el ingreso del mundo a la señalada Era de la Inteligencia Artificial- hacen del mismo Estado un rompecabezas humano en lo interno. Mientras se disuelve la idea clásica de la nación y, en lo político, la de la soberanía como la de la ciudadanía, y aquel y ésta se transforman en nichos o tribus que los dividen a lo interior materializando sus propias normas, trasvasan al paraguas constitucional doméstico y, en lo cultural, se hacen transnacionales.

Así, en la práctica vienen forzando “repartos de conducta” que intentan hacerse costumbres vinculantes para marcar otros derroteros normativos a la llamada Aldea Global; al caso, con percibida subestimación de la dignidad de la persona humana y de su unidad como género y en la naturaleza, mientras el hombre –varón y mujer– y todos los hombres permanecemos sometidos a la regla sobrevenida del «distanciamiento social» por efecto del Covid-19, emerge otra gobernanza: se imponen como necesarias las «plataformas digitales», leviatanes del siglo XXI, gestores desde ahora y por lo pronto del nuevo orden global en vías formación.

I

Para la comprensión del conjunto de las nociones preliminares que implica el aprendizaje del Derecho internacional y sus cuestiones clave – como las relaciones o el «diálogo» que se plantea entre el Derecho internacional y el derecho interno de cada uno de los Estados, los fundamentos intelectuales del mismo Derecho internacional y sus técnicas de formación, la determinación de los complejos asuntos que sobrevienen a propósito de las normas de este cuando hacen crisis (entran en desuso, se ven postergadas, son palmariamente violentadas, no pocas veces vaciadas de contenido), los modos reales y no solo nominales para la resolución de los entuertos y fijar sus consecuencias en orden al principio sustantivo de la responsabilidad– en el primer día de cada período académico hago un trazado de figuras geométricas sobre el pizarrón para mis estudiantes. Ver imágenes suscita en la mente el hacerse preguntas, enseñan quienes mejor saben de ideas a ser representadas por el arte pictórico.

A manera de ejemplos esbozo un primer cuadrado grande que ocupa todo el espacio y, seguidamente otro cuadrado menos grande circundado de muchos círculos; luego un rompecabezas de cuadrados pequeños dispersos a los que sobrepongo dos cuadrados mayores, próximos entre ambos, casi unidos. Y así, sin adherir a una visión estática o determinista o estructural de la historia, sin una pretensión «foucaultiana» de mostrar narrativas que siempre influyen y/o corrigen el rumbo de aquella por ser esencialmente humana, desde un plano visual geométrico presento así una primera síntesis de la evolución del Derecho internacional.

Busco trasvasar, de tal manera y, por una parte, a la dogmática doctrinal e institucional que mal puede entenderse como inmutable si se hace un repaso memorioso de las costumbres internacionales o de los tratados como fuentes de las obligaciones entre los Estados, o de las interpretaciones que de ordinario fijan los árbitros o jueces internacionales. Intento que estudiantes y estudiosos del Derecho internacional, por otra parte, lo entiendan en su especificidad, pero asimismo como una manifestación o prolongación compleja de la vida de relación entre Estados y naciones y sus manifestaciones orgánicas.

La realidad de cada uno de estos y sus percepciones dominantes en lo interno, además, de suyo fluye más allá de las fronteras y sobre un trasfondo sociohistórico y de valores civilizatorios que se hacen o se descubren como comunes y que los implican a todos; los explican y también los racionalizan en un plano mayor y de subsidiariedad, aun cuando no sea cabalmente en de los universales, pero sin que alcancen a sobreponerse los particulares de cada Estado. No obvio, lógicamente, la realidad de dominio de unos Estados por sobre otros a lo largo de la misma historia, pero que demanda aceptación entre unos y otros para que la paz se alcance, así sea entre intersticios de violencia.

Con vistas a esos ejercicios figurados presento al aula la dinámica que se experimenta desde el conocido y primitivo «Derecho de gentes» y su concepción unitaria del poder y del Derecho como ocurre en la antigüedad romana; que se ve morigerada, justamente, por la admisión progresiva de unos derechos residuales a favor de los extranjeros –bárbaros, a los que se les rige desde el centro del imperio por un derecho común que se proyecta hacia ellos– como excluidos de la ciudadanía.

Observan los estudiantes, así, la caída del Imperio hacia el año 476 d.C. cuando sobreviene la atomización de ese poder unitario y regidor, la descodificación de ese Derecho que hasta entonces desconoce –sin mengua de los tratados de tregua, de paz o de alianza que se hayan firmado bajo su égida– la igualdad entre distintas entidades políticas. Con los extraños mantiene Roma, en efecto, su beligerancia real o potencial tal y como lo revela un texto del año 509 transcrito por Polibio, sobre la “Amistad estipulada entre Roma y sus aliados, Cartago y sus aliados”.

Pero otro entendimiento cabe cuando el citado imperio se vuelve parcelas y deriva en nichos o señoríos medievales que reivindican sus propias autonomías: como acaso acontece otra vez en la actualidad, pero de modo agravado por la misma deconstrucción de los vínculos sociales propios de la modernidad. El vínculo o atadura que los refiere a una autoridad superior compartida, como la de la diarquía que forman el Papa y el Emperador bajo los cánones de un Derecho natural de inspiración cristiana y de la que al término se separan la pléyade de los reinos romano-germánicos que surgen del desmoronamiento imperial hasta hacerse Estados soberanos e independientes después de 1648, hoy es motivo de actual y acre pugnacidad: Dominarán China y Estados Unidos como ayer lo hicieron este y la URSS, o el mundo alcanzará el parto de un orden distinto, ¿negado a la emergencia de otra diarquía? y, como cabe repetirlo, cuyas partes probablemente se separan adquiriendo formas arbitrarias y sin nada que las ensamble.

Pasado el medioevo, es la experiencia, rige para lo sucesivo el soberano que encarna al Estado y al propio pueblo, según la regla construida por Jean Bodin en 1576, en los Seis Libros de la República: *Summa in cives ac súbditos legibusque soluta potestas*, a saber, “liberados del poder de los ciudadanos y sujetos a las leyes y reglamentos de todos los más altos”. Se está en presencia, entonces, de “una Europa lacerada, en la que conviven formas y concepciones políticas fuertemente diferenciadas” (Vari autori, *Storia moderna*, Roma, Donzelli, 2001). Las relaciones entre los distintos monarcas pasan a ser la obra de unas necesidades prácticas y de los equilibrios de poder entre estos para sostener la paz, libres cada uno de asumir sus cosmovisiones una vez como cede definitivamente la unidad citada bajo la cristiandad romana.

Adolfo Miaja de la Muela advierte con tino que la historia del Derecho internacional conocida “tiende a encuadrarse [así] en las edades y períodos de la historia universal” y este, por consiguiente, sólo puede ser entendido, como lo ajusta Alejandro Herrero Rubio en sus *Nociones de historia del Derecho de gentes y de las relaciones internacionales* (Universidad de Valladolid, 1954), “si se le considera de manera histórica” y al constituir un sistema que es en lo esencial de naturaleza consuetudinaria.

Antonio Truyol y Serra (*Histoire du droit international public*, Paris, 1995) recuerda bien y a propósito que, desde entonces, ausentes el Imperio y la doctrina de las dos espadas el Derecho internacional surge “carente de legislador y de juez” con lo que adquiere distinta especificidad. Los contenidos y el alcance de sus instituciones y normas, por consiguiente, varían paulatinamente o como lo dice Mariano Aguilar Navarro, según su ambientación histórica respectiva, a falta de la cual “los rasgos del Derecho internacional se difuminan, llegan a ser imperceptibles” (José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, “La historia del derecho internacional en el centenario de la obra de Joaquín Fernández Prida”, *Revista Jurídica de Asturias*, N° 40, 2017).

Generalmente se afirma, que un Derecho internacional en escorzo, el llamado moderno, sólo emerge una vez como a partir de los señalados Tratados de Westfalia ocurre la mencionada diversidad de los señoríos alemanes sujetos al Sacro Imperio Romano Germánico, dando paso a la pléyade de 300 Estados que reivindican su poder sobre la base de la territorialidad. Cede, ciertamente, la idea de la *universitas chirstiana* como desiderátum de las relaciones internacionales y de su gobernanza normativa, mientras emerge con fuerza y para ello la razón de Estado de inspiración francesa, anclada en los principios de No injerencia e igualdad entre los ahora sujetos formantes de la emergente comunidad internacional y de su novísimo Derecho, el Derecho internacional de los Estados soberanos como prolongación de esa realidad política dispersa: “ya no como un derecho común a los pueblos” (Juan José Bremer, *De Westfalia a Post-Westfalia. Hacia un nuevo orden internacional*, México, UNAM, 2013).

Aquel resulta, al término, como obra de los equilibrios prácticos y no de principios civilizatorios compartidos. ¿Es lo que vuelve a ocurrir, el “Medioevo prossimo venturo” que nos anunciara Umberto Eco o acaso tampoco se observan equilibrios en el nuevo ecosistema o esperan de su forja?

Las elaboraciones cimeras de Hugonis Grotti o Hugo Grocio (1583-1645), contenidas en su *De iure belli ac pacis* (Moeno-Francofurt, 1626) jugaran un papel esencial a partir de entonces, en medio de la dispersión de los Estados a principios de la modernidad y dada la amplitud que se tiene, al menos en lo intelectual, de la visión integradora y pluridimensional del Derecho internacional, según lo revela su misma concepción, dada a conocer bajo el título citado, que toma en préstamo de Cicerón:

“En lo que se refiere a los vínculos entre varios pueblos o entre los conductores de los Estados, que son o se fundan sobre la Naturaleza, o los que establecen leyes divinas, o los que introducen las costumbres acompañadas de una convención tácita entre los hombres, pocos han pensado en tocar estas materias: menos persona alguna la ha explicado en su extensión y de forma sistemática”.

Un ejemplo práctico sirve, a todo evento, para situar de modo comprensible la relación entre las modificaciones orgánicas o institucionales que determinan las distintas formas de poder en su interacción con las descripciones normativas que las influyen y/o son su consecuencia durante la época; dejándose de lado, por lo pronto, la consideración estimativa o axiológica que agrega el mismo Grocio y se cuestiona otra vez, ahora en pleno siglo XXI apuntalado sobre el relativismo y el señalado, vuelvo a repetirlo, deconstructivismo que lo acompaña.

En el discurso que pronunciara durante mi incorporación a la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires (“Crímenes de lesa humanidad y coherencia funcional entre el derecho internacional y el derecho del Estado”, 30 de noviembre de 2005) refiero lo siguiente:

“Antes de las grandes guerras del siglo XX, al construir su teoría sobre la norma fundamental (*grundnorm*) y sostener con ella la unidad sistemática del Derecho, afirmó el padre de la Teoría Pura, Hans Kelsen (1881-1973) que el vértice de la pirámide normativa se encontraba situado en el Derecho interno de cada Estado; sugiriendo que en los actos concurrentes de distintas soberanías estatales encontraba su fundamento originario el Derecho internacional o de gentes. Mas luego de las conflagraciones mencionadas, sucedido el Nuevo Orden que queda inscrito en la Carta de San Francisco, adoptada en 1945, no tuvo reservas para producir un cambio de óptica y declarar que la *grundnorm* se situaba, en lo adelante, en el Derecho internacional; fuente de validez, por lo mismo, de todo el orden normativo subsidiario, es decir, del mismo Derecho interno de los Estados”.

Lo cierto a todas estas es que, si tratásemos de plasmar una imagen de la realidad global corriente no nos bastaría pensar en el infierno deconstructivo o desestructurado de Virgilio –“toda esa multitud que ves es el mísero tropel de los que carecen de tumba”– y que sólo alcanza su estructura y orden lógico como racional con Dante y su Divina Comedia. Unos dirán que el Derecho internacional llega su final con el otro derrumbe que sigue al agotamiento de la bipolaridad internacional, la caída de las Torres Gemelas de Nueva York bajo la fuerza destructiva de actores terroristas deslocalizados y sin personalidad soberana; tanto como otros apreciarán que el poder ordenador se traslada desde los Estados hacia otras fuerzas emergentes e integradoras de la globalidad: ¿acaso la misma naturaleza objetiva o Madre Tierra o la del dominio de la virtualidad bajo el control de las redes digitales y la robótica?

Y si ceden los Estados como antes cedieran los reinos medievales y previamente la diarquía y el Imperio, ¿qué queda en pie de Hobbes y de Bodino, de la igualdad soberana entre los Estados, de la manida independencia o la autodeterminación de los pueblos, o de la

prohibición del uso de la fuerza como soportes principistas del Derecho internacional en una hora en la que se cuelan o se dejan filtrar las expresiones del terrorismo, la criminalidad transnacional y hasta la anárquica destrucción de los símbolos de la memoria por una indignación popular globalista sin representaciones ni ataduras locales, a las que se banaliza?

Por lo pronto media una paradoja, coexisten una evidente ingobernabilidad a nivel planetario con una realista administración de lo inmediato y local bajo el sostenimiento, mientras alcanza, de una ficción estatal soberana como eje de las relaciones internacionales. Ello, al menos evita la sensación del vacío, pero sólo eso, la sensación: “el mundo refleja una situación anárquica por la ausencia de una autoridad global” a la vez que “la soberanía del Estado [¿o acaso la idea de lo nacional?] continúa siendo el centro de las relaciones internacionales” formales, apuntan Thomas G. Weiss y Sam Daws (apud. Bremer, *op. cit.*, p. 85). Imaginarlo visualmente, hoy, resulta difícil, pues las expresiones artísticas del deconstructivismo se muestran anárquicas, diversas, separadas, independientes unas de otras pero unidas desde lo interior por una columna; que no es, exactamente, lo que se aprecia como desiderátum dentro de una globalización del desorden y las incertidumbres en curso.

II

La crisis probablemente terminal o de reconversión del Derecho internacional alguna consecuencia habrá de aparejar, dado lo anterior. Cuando menos es obligación de los autores y observadores perspicaces sobre la dinámica “internacional” en tiempos de globalización, mostrarla en sus líneas gruesas y/o formular bocetos de sus posibles narrativas ordenadoras, sea describiendo lo dominante, sea tratando de influir con base en las convicciones ético-políticas que se defiendan incluso a riesgo de equivocaciones. No por azar las grandes teorías se asientan sobre la observación de realidades constantes y una vez configuradas, al menos, en el mundo de lo normativo.

Koskenniemi, profesor en Helsinki, miembro del Instituto de Derecho Internacional y de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, con experiencia como consejero jurídico del ministerio del exterior finlandés, asume su reto a partir de una previa reconstrucción de las grandes líneas doctrinales o de las ideas sobre las que se apalanca y tensan el Derecho internacional moderno antes de lo que definirá como su derrumbe, pasada la primera mitad del siglo XX. La cuestión, luego, se hace agonal durante el curso de los últimos treinta años.

El desafío que se plantea el señalado jurista nórdico importa mucho porque analiza cada perspectiva teórica, a la luz y como reflejo del odre histórico específico que la atrapa o condiciona y estimando que los estudiosos del Derecho internacional concernidos tienen el mérito –incluso no compartiendo siempre sus ideas– de no haberse limitado a ser simples dibujantes o cronistas de fenómenos en curso. Antes bien, desde perspectivas incluso ideológicas amantadas por las dinámicas nacionales que los atrapan y comparten con actores jurídicos de otros países, trabajan sobre las incidencias o los tropiezos que en su evolución acusa el ordenamiento jurídico internacional de los Estados; llamado a recomponerse por la pérdida de relevancia y sobrevenida inexactitud de sus normas, lo que es máxima de la experiencia.

Si bien construye su argumentación y su vuelta a los más importantes autores del siglo XIX como a la revisión de quienes después se incorporan en calidad miembros del Instituto fundado en Ginebra, para denunciar así el discurso jurídico que según su opinión legitimara al colonialismo por parte de las potencias de Occidente, su trazado sustantivo permite imaginar los cambios a los que se habrá de adaptar el Derecho internacional para servir como un régimen jurídico necesario en el siglo XXI; que se pueda regenerar en sus bases conceptuales, bajo riesgo de seguir siendo un rompecabezas sin vocación de universalidad ni de unidad sistemática..

Los miembros del Instituto, según Koskenniemi, advierten que el siglo XVIII construye una visión cosmopolita y de fundamento universal apalancada sobre el Derecho natural y constatan, a la vez, que en el siglo XIX que los tiene como testigos –el siglo del positivismo y cuando se sistematiza la relación orgánica entre el Estado y la sociedad– emerge con fuerza la idea de la nación.

De suyo se asume al Derecho internacional, expresión de la modernidad, como una prolongación de cada nación y de aquella otra idea considerada como de neta estirpe europea, pero que debaten como fundamento del Estado los juristas que adhieren a la primera, la de la soberanía nacional.

No por azar se impone la perspectiva dualista que sostiene Heinrich Triepel (1868-1946), a cuyo tenor la fuente por excelencia del Derecho internacional son los tratados entre los Estados y a la base de éstos, como instancia legitimadora inderogable, el Derecho interno o nacional; en tesis que no contradice, antes bien y a partir de un ejercicio meramente metodológico e integrador de normas que da lugar a su monismo, y reafirma Kelsen partiendo de la primacía del señalado Estado nacional y antes de que varíe de postura años después y dado el cambio de la misma estructura de poder a nivel internacional.

Si bien lo domina la perspectiva de un Derecho internacional que en su esencia es la obra conjunta más no común de los Estados, a saber, de la prolongación de las sociedades nacionales europeas: del espíritu de internacionalidad distinto del internacionalismo marxista; la que a su vez y como narrativa esgrimen en común, aquí sí, juristas de pensamiento liberal humanista y racionalista, defensores de los derechos individuales, por otra parte autores como Kelsen –señalado de pacifista y neokantiano, preocupado por la deriva imperialista que implica todo nacionalismo, y animado al paso por las Conferencias de La Haya de 1899 y 1900 que predicen el nacimiento de una confederación mundial– se ven rechazados de conjunto por Erich Kauffman (1880-1972).

Kauffman insiste en que el sostenimiento del ideal liberal racionalista impide construir una verdadera teoría del Estado y del Derecho. Defiende la centralidad estatal dentro de la construcción normativa. Ve como utopía un Estado mundial y sólo aprecia como Derecho internacional el que nace de los tratados, según la tradición que hasta entonces representan y defienden los citados juristas de Martens y Klüber.

Al cabo, el laboratorio de lo anterior es Alemania, en la que se oponen pacifistas y nacionalistas, con las consecuencias trágicas que luego tendrá ello para el mundo durante la primera mitad del siglo XX. En primera instancia se morigerará el nacionalismo con la Sociedad de las Naciones al término de la Primera Gran Guerra –muy débil esta, por limitarse a ser una secretaría de los Estados y apenas capaz de exigir moratorias para las acciones bélicas de estos sin poder impedirselas– y, luego, sobrevenidos el Holocausto y el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), habrá lugar a una suerte de renacimiento del Derecho natural, del humanismo racionalista y liberal al proscribirse el uso de la fuerza y consagrarse como norma de orden público internacional sobrepuesta a la soberanía de los Estados e inderogable por los tratados: la del respeto universal de los derechos de la persona humana. Pero lo será apenas por tres lustros, insiste Koskenniemi.

El tiempo actual, ciertamente, sugiere paradigmas inéditos, pero otra vez cabe volver para su resolución, sin obviar su «ineditez», a la constante conexión que se predica “entre las estructuras del derecho con la historia” y a la sinergia entre lo nacional y lo internacional, según la perspectiva del autor finlandés al que apelamos como orientación por su reciente y autorizada investigación.

Este valora la obra de Erich Kauffman (1880-1972), pues a la par visualiza como sopor-tes de un Derecho y unas relaciones internacionales efectivas los que midan de manera real los vínculos empíricos entre el poder y “las constelaciones de intereses” predominantes, en una indisociable perspectiva nacionalista que entiende al Derecho internacional como resul-tante del acuerdo entre los Estados nacionales. O acaso, si no es esta la interpretación, deduzco que avanza a contravía de la historia se intenta afirmar desde la ONU, o bien, constata lo que realmente ocurre a diario tras el telón de esta, cuyos buenos principios y propósitos sir-ven de meras concesiones a la Humanidad para instantes en los que no se vean desafiados mundialmente el señalado poder y sus intereses.

III

Los estudiosos del Derecho internacional anteriores a la Primera Guerra, durante los de-cenios finales del siglo XIX y primeros años del siglo XX, partiendo de la señalada identidad cultural o liberal humanista europea, contestada en suelo alemán, construyen sobre un piso intelectual compartido la diversidad de sus aproximaciones.

La escuela francesa, a través de George Scelle (1878-1961), Louis Renault (1843-1918), quien introduce a nuestra disciplina dentro del debate doméstico galo, Paul Fauchille (1858-1926), Antoine Pillet (1857-1926), y León Bourgeois (1851-1825), frente a la postura nacio-nalista alemana abre compuertas a la perspectiva jurídica internacional desde el plano de la solidaridad social o la dimensión sociológica del Derecho. Reafirma como su fuente los usos compartidos. Entiende al Estado, sujeto del Derecho internacional, como una expresión de la misma solidaridad social –no es una mera abstracción como persona jurídica, separada de la sociedad– a cuyo efecto, la misma prolongación de esos vínculos sociales, según ellos, son los que explican a las formas federativas cristalizadas con la Sociedad de las Naciones.

Luego, en línea próxima a la crítica que le dirige Koskenniemi al eurocentrismo jurídico occidental, el jurista chileno Alejandro Álvarez (1868-1960) –trabajando desde adentro de la perspectiva francesa enunciada– apuntará que al Derecho internacional le sostienen, justa-mente, los “valores diferentes que son el reflejo de la diversidad histórica de los pueblos” y las naciones. Y, como lo recuerda Gustavo Gozzi, prologuista italiano de la obra del jurista finlandés, Álvarez ve al Derecho internacional más allá de lo nacional como una pluralidad de sistemas jurídicos regionales, sea el europeo, también el americano o el africano, cada uno de los cuales confluye y se estructura alrededor de sus especificidades compartidas, con lo que renueva, sin decirlo así, la perspectiva liberal y humanista de la solidaridad.

Koskenniemi, obviamente, al recrear tales debates entre los distintos representantes de la doctrina más autorizada del Derecho internacional alude a la prepotencia de un Derecho que se presenta como la “conciencia jurídica” no solo del mundo europeo sino del llamado civilizado.

Desde la perspectiva constitucional latinoamericana, el constitucionalista argentino y catedrático Gregorio Badeni (1943-2020) se pregunta en tal orden, no por azar y con ironía, ¿cuáles son las naciones no civilizadas? ¿Se aplican a ellas, también, tales principios [genera-les del Derecho] pese a que, por ausencia de civilización, no cabe integrarlas en ese mundo [hoy] globalizado?, agrega.

Lo cierto, a todo evento, es que si bien desde los inicios de la modernidad del Derecho internacional distintas culturas regionales se han ido incorporando a unas relaciones interna-cionales que se expanden geográfica y humanamente, un denominador común se mantiene hoy –más allá de lo que opina Kauffman y así sea nominalmente– y es de neta filiación ju-deocristiana: el principio ordenador *pro homine et libertatis* aceptado en 1948, una vez como se adopta la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este, no ha impedido la vigencia

de otros principios propios y específicos de las regiones como el de la «solidaridad americana», la No intervención, o el *Uti Possidetis Iuris* en las Américas, o el del «panafricanismo» y el derecho al desarrollo en el África.

De allí que no deje de ser importante la proyección nacional anglosajona del Derecho internacional que a renglón seguido estudia la obra de Koskenniemi y tiene como emblema a Herst Lauterpacht (1897-1960), defensor de los “ideales victorianos de liberalismo y progreso” enterrados por la Primera Guerra Mundial, bases de “la doctrina de los derechos del hombre desde Locke a Jefferson, pues valorizan al Derecho natural” como fundamento del Derecho internacional. Según lo dicho, al menos nominalmente y como cabe repetirlo, la Carta de San Francisco de 1945 los rescata e intenta sostenerlos durante los años posteriores, así sea sujetándolos e hipotecándolos al discernimiento de los equilibrios entre las mayorías y minorías de la Asamblea General.

Lauterpacht rechaza, en efecto, la exclusividad de los Estados como sujetos absolutos o personas abstractas del Derecho internacional, oponiendo como ejes el individualismo cosmopolita y los derechos humanos. Le toca vivir, sensiblemente, la sobrevenida ineficacia de la tradición liberal humanista constante en la Declaración Universal mencionada, que cree sólo puede realizarse bajo criterios institucionales supranacionales. Invoca al término, en defecto de éstos y como corrección la tarea de los árbitros y jueces internacionales, quienes pueden acotar las libertades de los Estados a partir de la exégesis y aplicación de los tratados internacionales, siguiéndose por una línea de pragmatismo angloamericano. Ello, a su juicio, llenaría el vacío que causa la ausencia un órgano legislativo común a los mismos Estados hasta el presente.

Sea lo que fuere, lo relevante es que ese esfuerzo intelectual que se despliega desde finales del siglo XIX y trasvasa a las dos grandes conflagraciones, tiene o encuentra dos hitos que, según Koskenniemi, marcan el ascenso y luego la caída del Derecho internacional como «suave civilizador». El primero lo sitúa en los esfuerzos que llevan adelante tres juristas jóvenes de pensamiento político liberal –el belga Gustave Rolin-Jaequemins (1835-1902), el holandés Tobías M.C. Asser (1838-1913) quien recibe el Premio Nobel de la Paz en 1911, y el inglés John Westlake (1828-1913) – participantes en la reunión de Bruselas que crea la Asociación Internacional para el Progreso de las Ciencias Sociales en 1862. Ellos promueven la *Revue de droit international et de législation comparée* –la primera sobre Derecho internacional– cinco años más tarde, imprimiéndose su primer número a fines de 1868.

En un tiempo en el que toman cuerpo dentro de Europa las ideas de la nación y de la raza los propulsores de la Revista se muestran convencidos de que media un espíritu de internacionalidad obra de las distintas proyecciones nacionales, pero obligadas estas a cooperar mediante el reconocimiento de “la unidad superior de la gran sociedad humana”. Las virtudes individuales se consideran, entonces, como lo precisa Koskenniemi, cardinales para vida pública y la privada. La tarea de comparación entre las experiencias legislativas y la reducción de los conflictos normativos entre unas y otras, dando lugar al célebre Derecho internacional privado, les permitiría apuntalar, así lo creen los nóveles propulsores de la Revista, sus ideas de tolerancia religiosa, libertad de expresión y de comercio, armonizándolas y por esa vía proyectarlas luego sobre el plano jurídico internacional, suma y decantación externa de aquellas.

La presencia de las ideas humanitarias no obstante les estimulaba, acicateados por las mismas Convenciones de Ginebra de 1864 relativas al trato de los prisioneros y sobre la humanización de la guerra. Pero separados como estaban de las ideas racionalistas del Iluminismo y las del utilitarismo, identifican como fuentes propias del Derecho internacional los actos unilaterales y los tratados entre los Estados, siendo así consistentes con sus perspectivas nacionales y un Derecho externo que ven como prolongación de estas.

Lo cierto es que habían dejado atrás de un modo concluyente la visión que aportaran la Santa Alianza y el Congreso de Viena de 1815, alianza de príncipes y no de pueblos, según los jóvenes liberales: “En el fondo no se trató que de una mera proyección de la idea de Kant [sobre la paz perpetua] redirigida a favor del absolutismo y con un barniz místico”, reza el escrito de Rolin de 1869 inserto en la Revista (“De l’étude de la législation comparée et du droit international”, I, 1869).

La revista pasará a ser el órgano oficial del *Institut de Droit International* que se funda en Ginebra en 1873, buscando un equilibrio entre el individualismo y el colectivismo, se diría que en la mejor línea de las prédicas del humanismo renacentista: ¿acaso alejadas del colectivo despersonalizado y del individualismo anti comunitario, abriéndole campo al personalismo comunitario? Se presenta como democrática pero no «oclocrática» y sí reformista, nacionalista al mismo turno que internacionalista.

Es progresista por rechazar al absolutismo y conservadora al rechazar las agitaciones revolucionarias socialistas. Apenas vivirá la revista un período de retracción una vez como nace en París, la *Revue générale de droit international public* en 1894, que todavía circula.

Cree Koskenniemi que ese impulso modernizador del Derecho internacional –afinado según estos cultores en la convicción de que el fundamento de nuestra disciplina reside en la opinión pública, pues rechaza o rechaza lo que acuerdan los Estados haciendo efectivas o meramente retóricas sus convenciones o tratados; y que, a su vez, como opinión sería la que reside en el Instituto como «consciencia jurídica del mundo civil»– declina a partir de 1960. Ocurría “la caída del Derecho internacional”.

Y lo afirma probablemente convencido de que las posturas científicas no han tenido éxito en el campo de las relaciones internacionales y que cuanto ocurre “a puertas cerradas” entre sus actores reales en poco ha contribuido a la suerte del mundo, lamentando que palabras como “conciencia” o “civilidad” hayan perdido total sentido para el jurista de nuestro tiempo.

A todas estas refiere que una vez desaparecidos los protagonistas heroicos del Derecho internacional moderno –Kaufmann, Álvarez, Lauterpacht, Scelle– a los sucesores en el *Institut* como Henri Rolin (1891-1973), nieto de Gustave Rolin-Jaequemyns, los anima hacia 1963, sin embargo, la presencia de cuatro factores de la realidad internacional que favorecerían sus actividades doctrinales: el desarrollo tecnológico, la expansión de las organizaciones internacionales, la Guerra Fría, y el proceso de descolonización que, al cabo, terminan o siendo meras excusas ante lo evidente de la declinación o “descodificación” del Derecho internacional o la misma causa de nuevas frustraciones.

Al antagonismo entre las grandes potencias se atribuye así que el orden mundial fundado en la Carta de San Francisco terminase siendo una parodia –los juristas se reducen a darle forma normativa a una oscilación siempre de oportunidad entre “el humanismo cosmopolita y la apología de la razón imperial” dice Koskenniemi– a la vez que, así como la multiplicación de las organizaciones en nada influye para la gestión eficaz del cambio tecnológico tampoco el descubrimiento de la idea de la soberanía luego de la descolonización en poco o nada cambia las realidades de los nuevos Estados del llamado Tercer Mundo; ello a pensar de intentarse forjar un Nuevo Orden Económico Internacional y afirmarse nominalmente la soberanía de estos sobre sus recursos naturales.

Lo cierto es que, sin que se haya perdido en el imaginario de los cultores del Derecho internacional la idea de una gobernanza internacional fundada sobre los instrumentos del derecho público, llegada la hora de la globalización, ocupándose la ONU por vez primera, incluso tímidamente, del tema de la democracia y la expansión de los procesos electorales

en los países que salen de la Cortina de Hierro, el saldo es que así como naufragó la Sociedad de las Naciones por carencia de poder en el ámbito de la seguridad colectiva, Naciones Unidas no ha podido distinguirse, en el mismo plano, como simple expresión institucional del poder del Consejo de Seguridad y no del Derecho, como lo dice el profesor finlandés.

Cabe reconocer que S.S. Francisco, en 2015, adhiere a esta última perspectiva, en los términos que siguen:

“Si se respeta y aplica la Carta de Naciones Unidas con transparencia y sinceridad, sin segundas intenciones, como un punto de referencia obligatorio de justicia y no como un instrumento para disfrazar intenciones espurias, se alcanzan resultados de paz. Cuando, en cambio, se confunde la norma con un simple instrumento, para utilizar cuando resulta favorable y para eludir cuando no lo es, se abre una verdadera caja de Pandora de fuerzas incontrolables, que dañan gravemente...”.

Tan cierto es lo anterior que la Declaración adoptada con motivo de conmemorarse el 75° aniversario de la ONU, suscrita por 193 gobernantes de los Estados parte, tras la retórica de circunstancia aceptan que “las Naciones Unidas han tenido sus momentos de decepción. Nuestro mundo –precisan aquellos– no es todavía el mundo que nuestros fundadores idearon hace 75 años”.

Es reveladora de sus negligencias, así, la afirmación de propósitos hecha en la circunstancia: “Tenemos las herramientas y ahora debemos emplearlas”. Cuando menos, revelan que la guía será la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible –en la que la palabra democracia aparece una sola vez y la de Estado de Derecho sólo cuatro veces, siempre nominalmente, sin exégesis ni siquiera operativa– declarando que, en lo sucesivo, los jefes de Estado y de gobierno que la suscriben, “respetaremos el Derecho internacional y garantizaremos la justicia”, así:

“Los propósitos y principios de la Carta y el Derecho internacional siguen siendo normas temporales y universales y cimientos indispensables para lograr un mundo más pacífico, próspero y justo. Respetaremos los acuerdos internacionales que hemos firmado y los compromisos que hemos asumido. Seguiremos promoviendo el respeto de la democracia y los derechos humanos y mejorando la gobernanza democrática y el Estado de Derecho mediante el fortalecimiento de una gobernanza transparente y responsable e instituciones judiciales independientes”.

IV

La realidad actual es que la macrocefalia institucional del sistema internacional de los Estados, correlativa a la acelerada emergencia de temas nuevos relacionados con lo que algunos denominan el “cosmopolitismo progresista”: derechos humanos, protección ambiental, integración vs. soberanía, solución pacífica de controversias, lucha contra la criminalidad transnacional organizada, terrorismo deslocalizado, desarrollo tecnológico digital, genoma humano, muestra como contrapartida la pérdida por el Derecho internacional de su unidad teórica y capacidad para darle coherencia al señalado rompecabezas como expresión de la política o las políticas que lo inspiran. Ocurre una suerte de descodificación de universales para avanzar hacia las especialidades señaladas, en el plano de lo normativo. Empero, lo cierto es que la técnica jurídica del caso, lo dice otra vez Koskenniemi, muestra su total politización, sin reparar que “cuando todo es político –lo recuerda Carl Schmitt, citado por éste– nada es política”.

A la oposición entre el Derecho internacional y el Derecho interno de los Estados que se resuelve de distintas maneras por los ordenamientos constitucionales de estos y por la misma doctrina internacional desde los siglos XIX y XX, ahora le sucede, justamente, la deconstrucción del primer ordenamiento citado a propósito de las mismas fragmentación de las realidades materiales que ocupan a las relaciones internacionales contemporáneas y

la coexistencia no pocas veces en conflicto de las ramas de tutela respectiva, que crecen de modo exponencial y en una suerte de caleidoscopio normativo sin un claro hilo conductor en el plano de lo público.

Es la contracara de la explicada disolución del objeto personal y material del Derecho internacional en curso, tal y como la constata resumidamente la Declaración de la ONU en su 75° aniversario, así: Derechos humanos, bajo la perspectiva de los pueblos, no de los Estados; protección de la biodiversidad, “para mejorar y de forma más verde” insertando al individuo, desde luego, dentro de las leyes evolutivas de la Naturaleza; diplomacia preventiva y mediación ante el terrorismo y el extremismo violento, mirando a las causas y no a las consecuencias; Justicia a través del Derecho, sujetando a este a las valoraciones que acerca de aquella haga cada coyuntura política; igualdad y participación de género, suponiendo que las exclusiones se originan en este; fomento de la confianza, reduciendo las desigualdades y exclusiones, sobre todo insertando a quienes intentan forjar como universales sus cosmovisiones particulares; concepción común de la cooperación digital y la interconectividad, dada la misma unidad tecnológica de las plataformas y la práctica de Tecnologías de Eliminación que reducen toda competencia entre diversidades; reforma y financiación sostenible de las Naciones Unidas, para todo lo anterior; relaciones entre los distintos actores internacionales (organizaciones regionales y subregionales, ONG’s, sociedad civil y sector privado, círculos académicos y parlamentarios), en una inevitable ampliación de las subjetividades jurídicas; diálogo con la juventud sobre paz y desarrollo, como receptora de las acciones del presente; sistemas de prevención y respuesta a la crisis mundiales y pandemias, al haberse demostrado inexistentes en la actualidad.

De cara al porvenir, la reflexión conclusiva de Koskenniemi y acaso con vistas a lo anterior, dice que, si la perspectiva institucional y normativa del Derecho público carece de algún significado independiente de la perspectiva política coyuntural que se adopta, muere “la promesa universalista y liberadora del Derecho internacional”; tanto como si se la obvia o reduce pierden su relevancia las dimensiones normativa y axiológica, por hacerse irreales o inefectivas.

¿Qué hacer a todas estas?

Lo primero a tener presente es que es irreal creer que lo planteado hoy será posible sin la voluntad de las naciones más poderosas a los que una corriente planetaria globalista considera necesario destruir antes, para que las cosas sean diferentes. Al efecto atizan la anarquía como estrategia huérfana de destino: la disolución de las identidades ciudadanas y la profundización de las subjetividades raizales o primitivas excluyentes, sean “étnicas, nacionales, religiosas, corporativas”.

Occidente tiene derecho a sostener su cosmovisión milenaria sin por ello presentarse como una fortaleza encerrada y asediada; pues al cabo la misma globalización reclama de la supervivencia de todos y el momento, cabe entenderlo, es de una transición «epocal» que obliga a una negociación y transacción posible de las exclusiones de todo orden presentes, sean universales, regionales, nacionales, locales, comunitarias o grupales.

Al caso “sólo se construye una esfera pública –para nosotros la que correspondería a un Derecho internacional renovado para el siglo XXI en un momento de deconstrucción– cuando se ponen en común y se reivindican, como necesidades y expectativas de todos, intereses que requieren políticas, regulaciones e instituciones supra ordenadas y heterónomas respecto de los sujetos singularmente interesados”.

Sin que pierda su especificidad el Derecho internacional, y sin que tengamos que ocurrir paralelismos que no vienen al caso por simplificadores de la realidad mundial, cabe recrear el

proceso a través del que se forma el Estado de Derecho moderno, como lo refiere Ferrajoli, para comprender los alcances de la dinámica que debe emprenderse sin mengua del carácter propio de las “cosas nuevas”.

El autor italiano, argumenta sobre la posibilidad pragmática de un constitucionalismo global, siendo que la misma globalización es como fenómeno un factor de unificación así sea a propósito de los problemas, bajo las ideas de autoconservación y de solidaridad alrededor de derechos que se consideran universalmente reivindicables y de la misma Naturaleza amenazada por las catástrofes ambientales y capaz de unir “virtualmente” a toda la Humanidad. Pero acaso vale lo que con relación a esos mismos argumentos vertebrales –paz y derechos humanos– urge primero lo que aconseja Papa Ratzinger a los Estados reunidos en la Asamblea de la ONU mencionada, la de 2011:

“Cuando en nuestra relación con la realidad hay algo que no funciona, entonces debemos reflexionar todos seriamente sobre el conjunto, y todos estamos invitados a volver sobre la cuestión de los fundamentos de nuestra propia cultura”. En otras palabras, es imposible construir o reconstruir sobre lo humano sin considerar como premisa necesaria sus fundamentos antropológicos.

El camino parecería ser, en la dimensión normativa, asumir el desafío de la subsidiariedad tal y como lo plantea el mismo Ferrajoli en su citada obra:

“La imagen del Derecho internacional que expresa el pluralismo de los ordenamientos que lo componen es [o ha de ser]... la de una red compleja y diversamente integrada por instituciones y sistemas jurídicos, articulada en distintos niveles normativos”.

Pero ello no basta dada la complejidad de la globalización, por lo que advierte seguidamente:

“La ciencia jurídica internacionalista, después de tres siglos de derecho internacional pacticio, todavía no ha actualizado sus categorías ni se ha liberado de cierta falta de seguridad en sí misma... [no por azar] la soberanía de los Estados sobrevive de hecho como la principal aporía del actual sistema de las relaciones internacionales; [sin siquiera considerar la otra aporía que] afecta también a la ciudadanía, cuyos confines estatales han entrado en contradicción con el proclamado universalismo de los derechos fundamentales”.

De modo que, la reconstrucción normativa demanda, cabe reiterarlo, clara conciencia de las realidades presentes –que son lo que son como tales– y convicción acerca de los fundamentos antropológicos en cuestión y sin mengua de la primera dimensión; desafío que ha de sostenerse a la par y al término sobre una dimensión axiológica susceptible de alcanzarse si esperamos que el todo decline en función de la libertad y autonomía de la persona humana.

Impuesta la parálisis abrupta del acontecer humano por la pandemia del coronavirus en 2020 que ya afecta a 30 millones de víctimas y deja un millón de fallecidos en el mundo, la verdad de la realidad habla por sí sola.

Aherrojados en la circunstancia, los fenómenos característicos del siglo corriente que nos interpelan sin que aún encuentren respuestas en el plano del Derecho internacional contemporáneo, pueden resumirse así:

(a) La incapacidad del Estado soberano y sus instituciones constitucionales para asumir, por sí solos, los ingentes desafíos y conjurar los peligros propios de la deriva tecnológica cuando deja de ser medio y se hace finalidad.

(b) De suyo, la inutilidad de las organizaciones multilaterales que forman los Estados y aún conjugan en clave gubernativa, a pesar de la premisa *pro homine* que consagra la Segunda Gran Guerra del siglo XX y es norma de orden público internacional no realizada.

(c) La fractura del tejido social y la segmentación de las poblaciones (originarios, afrodescendientes, musulmanes, LGBT, ambientalistas, abortistas, tribus urbanas, etc.) alegándose el derecho a la diferencia o la exclusión de los distintos, incluso dentro de cada Estado y como subdivisiones dentro del mismo que se sobreponen a las narrativas constitucionales integradoras en lo ciudadano.

(d) La transnacionalización de la criminalidad organizada (terrorismo, narcotráfico, lavado de dineros ilícitos o producto de la corrupción) y el asalto por sus actores de los restos del Estado moderno, transformándolo en nicho de impunidad: La soberanía y su coetáneo principio de la No intervención, otra vez es patente de curso para violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos.

(e) La relativización de los comportamientos humanos, al relajarse los códigos o sólidos de la moral universal y romperse la línea que separa la legalidad de la ilegalidad, la verdad de la mentira como fraude a la democracia y al Estado de Derecho, relativizando sus estándares.

(f) La emergencia de una economía virtual, comercial y financiera, fundada en técnicas para la destrucción (TpD) que se niegan a la lealtad en la competencia.

(g) La pugna entre un desbordado antropocentrismo que intenta crear vida y manipular al genoma humano ajeno a los meros fines terapéuticos, y un bio-centrismo marxista que se propone fundir al hombre con la tierra, sobreponiéndole a la Diosa y Madre naturaleza por creadora del todo.

Sujetos a los embates de una aceleración que nos impide mirar a quienes ahora nos acompañan en nuestros refugios, sin tiempo para contemplar a las alturas mientras observamos hacia abajo, pero no a la tierra que nos sostiene sino a nuestros celulares o dispositivos celulares, apreciamos esta vez, forzados, que sólo nos queda el saldo de lo evidente: No nos salvan de la pandemia ni las redes ni el partido o el Estado, tampoco la misma ONU, por huérfanos de narrativas apropiadas e incapaces de contener racionalmente la cultura de inmediatez y virtualidad dominantes, léase también la práctica de descarte de “los diferentes” sin que cese el efecto global e indiscriminado, en lo social y en lo económico, de esta suerte de Primera Guerra “bacteriológica” .

De modo que, a la luz de la dispersión reseñada y sus signos, advierte pertinente Ferrajoli que se impone la reflexión y el planeamiento jurídico y político, a cuyo efecto urgen:

“los límites y vínculos fundamentales idóneos para garantizar [las] promesas de paz y de igualdad en los derechos frente a las agresiones provenientes de la selva de los poderes desregulados, tanto políticos como económicos”.

No se trata de contener o frenar, simplemente, pues al término, si se busca conjugar, repito una vez más, en favor del hombre y sus derechos fundamentales *–pro homine et libertatis–* mediará siempre un razonamiento liberal que no se basta con el simple ejercicio de ciencia o de técnica jurídica o de arbitraria ordenación por parte de las fuerzas y poderes dominantes en la coyuntura.

Reclama, sí, la forja de ese orden nuevo global y muy viejo fundado sobre lo que nos une en esta hora, en la que pugnan la descrita dispersión global y sus antagonismos con la dimensión universal de la solidaridad que se hace obligante, si se quiere sobrevivir; ello, admitido que todos formamos parte de la misma familia humana y al margen de las utopías, si se reconoce el sentido común y compartido de la autoconservación entre quienes forman parte, incluso, de “subjetividades excluyentes”: afrodescendientes, originarios, identitarios por los géneros que se hacen variados.

Pero, sobrevivir todos, unos y otros apartando la lógica de las Tecnología de Eliminación excluyentes de toda forma de concurrencia social o económica, exige de poner en común los intereses diversos y respectivos, las cosas nuevas, como lo pide el mismo Ferrajoli.

Los problemas están allí, acuciantes, sin respuestas por lo pronto. No las dan los ordenamientos constitucionales por incapaces de extender sus alcances hacia cuestiones que desbordan a la estatalidad clásica, ni el Derecho internacional a la luz de lo antes indicado, sea por los fenómenos sobrevenidos desde mediados del siglo XX, sea por atado a presupuestos incapaces de aprehender a los primeros, a saber: la crisis de la democracia constitucional en los Estados y la pérdida de soberanía real en estos como por la falta de correspondencia entre gobernantes y gobernados de todos los signos; la concentración de otros poderes reales más allá de las fronteras de los Estados: como las organizaciones delictivas estructuradas y transnacionales, incluidas las que promueven migraciones transfronterizas; y ahora las señaladas amenazas bacteriológicas que, de conjunto y de no encontrarse una base ética y normativa comunes que las enlace, serán capaces de aniquilar cabalmente el ideal kantiano de la paz.

Lo cierto es que habrían quedado atrás como resabios de un engaño o de buenas intenciones que se anticiparan al caos actual, dentro de esa larga transición treintañera que se inicia en 1989 y debilita los lazos comunes que nos lega el Holocausto, el choque de civilizaciones descrito por Samuel Huntington (1993), que vuelve a revalorizarse hoy; la respuesta del Diálogo de Civilizaciones planteado por el presidente reformista de Irán, Mohammad Khatami (1998); y la sucesiva Alianza de Civilizaciones propuesta por la izquierda española (2004) para enfrentar al Occidente.

Las civilizaciones siguen en pie, sin matizaciones, cuando menos la islámica y la confucionista. La judeocristiana, la de los universales, una parte decidió acompañar al globalismo progresista y relativista en boga. Se neutralizó para no empañar su adjetiva tolerancia, avergonzándose de su legado milenario y de sus prédicas de libertad y respeto a la dignidad de la persona humana. Incluso la misma Iglesia romana que ayer impulsaba el reconocimiento expreso de las raíces constitucionales por el preámbulo de la frustrada Constitución de Europa (2006) anda ahora en búsqueda de “rostros amazónicos”, en procura de un mundo de particulares y dejos panteístas.

La experiencia de la pandemia ocurre, paradójicamente, al cerrarse el ciclo histórico señalado que se inaugura con el fracaso del socialismo real y la caída del muro de Berlín. Entonces se predica el final de la historia y la Humanidad ingresa a la sociedad de la información, quedando bajo dominio del ecosistema digital.

Las gentes del Oriente de las luces y del Occidente de las leyes, las del Norte vikingo e industrializado como las del Sur de las civilizaciones materialmente empobrecidas, todas a una se han recogido como vivido el Gran Frenazo. Se recogen en sus “cuevas” y se miran en sus sombras obligadas por una cuarentena y su regla de «distanciamiento social» que no separa credos, religiones, confesiones, ideologías, sexos, tampoco “civilizaciones”, como cabe reiterarlo.

V

Lo “que es común gracias al entendimiento de que cada comunidad se funda siempre sobre alguna exclusión y, por tanto, en el modo de definirse cada una de ellas, [es que] para ser aceptables, han de admitir que las exclusiones que propician deben ser constantemente renegociadas para que se amplíe el horizonte comunitario”, refiere como enseñanza Ferrajoli con vistas a la fragmentación en avance de la realidad mundial; lo que vale también como concepto para cada institución normativa en lo particular, a cuyo efecto habrá de construirse el ordenamiento cosmopolita sucedáneo del moderno Derecho internacional no por la vía

inductiva, como una suma de piezas autónomas y en sus proyecciones tal y como lo intentarían los juristas del siglo XIX, sino a la luz de los principios que le son transversales y dan racionalidad a lo jurídico, como se intentara a partir de 1945.

La cuestión, para él, es elemental y agonal:

“El principio de la soberanía como *potestas legibus soluta*, mientras siga informando las relaciones de hecho entre los Estados, ... designa nada menos que un vacío de Derecho, al ser su regla la ausencia de reglas, es decir, la ley del más fuerte”.

Y agrega un párrafo que le da claro sentido a estas páginas epilógicas:

“Una sociedad internacional incivil por desregulada, una general anomia y una regresión neo-absolutista a la ley del más fuerte tanto de los Estados con mayor potencia militar como de los grandes poderes económicos transnacionales... generan en las víctimas rebelión y resistencia; [y] el riesgo de trastornar por completo el entero edificio de la democracia constitucional en los propios ordenamientos estatales internos... Democracia constitucional interna y Derecho internacional están hoy cada vez más estrechamente conectados [en sus carencias y en sus desafíos] debido a los efectos que produce la actual globalización sin reglas”.

El juicio concluyente del célebre filósofo de Königsberg hace una lúcida y útil construcción desde lo negativo –la del «enemigo injusto» como lo llama– y que es de vital actualidad, si miramos a los nichos o retículas de exclusión social que menguan toda expresión de libertad y democracia, pero lo adjetiva:

“Es aquél cuya voluntad públicamente expresada (sea de palabra o de obra) denota una máxima según la cual, si se convirtiera en regla universal, sería imposible un estado de paz entre los pueblos y tendría que perpetuarse el estado de naturaleza” (Emmanuel Kant, *Fundamentos de una metafísica de las costumbres*, Madrid, 1881).

Según lo percibe mi experiencia, presenciamos una alianza en la agonía de paradigmas agonizantes. Cede el Estado como estadio en el desarrollo del principio de subsidiariedad que busca rescatar como terapéutica reconstructiva de lo normativo el mismo Ferrajoli, y que parte del individuo y finaliza en la idea de la Humanidad o género humano; de suyo se revelan agotados y también frustrados los basamentos históricos de la «república de las naciones» –así la llama don Andrés Bello (1781-1865) en sus *Principios de Derecho de Jentes*, que publica en Santiago de Chile y en Caracas, en 1832 y 1837– y del mismo Derecho internacional moderno.

La descripción conclusiva de Ferrajoli es decidora sobre el no hacer ante el hacer pendiente y que urge:

“La sociedad salvaje de los Estados no es una sociedad de hombres o lobos naturales, sino la sociedad de esos «hombres artificiales», como los llamó Hobbes [Leviatanes]... creados por los hombres para la tutela de sus derechos y que hoy tienen el riesgo de escapar a su control y levantarse contra sus creadores como máquinas o lobos artificiales virtualmente capaces de destruirlos”.

Así las cosas, “buscar al hombre que sufre, yendo en búsqueda de él más allá de las fronteras de las naciones y de los continentes”, marcará, ciertamente, la medida de lo universal. Al caso y por serlo no se limita a la superación “de algunas fronteras, formulas políticas o sistemas” el “abrirse al otro”, pues todos somos potenciales víctimas, a manera de ejemplo, del mal pandémico que nos aqueja. Se trata de ser cercano a los otros, tal y como lo demanda con anterioridad el artesano moral del final del comunismo soviético: Juan Pablo II, para que la solidaridad sea exactamente eso, un estándar universal. Siendo universal no se niega a los particulares, sino que éstos se justifican en aquella.

Se concreta en “ámbitos de necesidades humanas perentorias” –las zonas particulares de solidaridad– e implica, necesariamente, las ideas de transparencia, de servicio a la verdad, en modo de que se salvede al necesitado de las manipulaciones de los egoístas.

Salvo bajo realidades conocidas y sometidas a regímenes despóticos, la lucha contra la pandemia del coronavirus ha tenido un manifiesto sentido democratizador sustantivo, igualitario. Intenta alcanzar a todos, horizontalmente, contar con todos para derrotarla. Deja que la experiencia guíe y participe con prioridad, anulando las tentaciones populistas.

Lejos de la globalización digital y de la inutilidad de los Estados-alcabala ante el desafío, ante la deficiente y explicable acción internacional por la pandemia, los gobiernos han tenido que confiar más en las localidades y comunidades para que sus medidas alcancen aceptación general y se hagan efectivas.

¿Habrá espacio, en fin, para entender al Derecho cosmopolita como un eventual sucedáneo del Derecho internacional y algo separado de los fenómenos sociales y axiológicos enunciados, reduciéndole a experiencia formal según la mejor tradición kelseniana o para verlo como un simple reflejo del antagonismo amigo vs. enemigo predicado en su tiempo por Carl Schmitt (1888-1985) e innegable fenómeno de la transición? ¿O vale la corrección que un sucesor de este, Hans Morgenthau (1904-1980), introduce con su vertiente más que realista fundando al Derecho internacional en el interés en cuanto al manejo de las relaciones internacionales, de un formalismo jurídico racional visto el despliegue de poderes en curso y en medio del pronunciado desorden o caos global en curso?

La propuesta, en fin, es retomar o encontrar la línea transversal del orden indispensable y ahora global o cosmopolita que lo ancle y le permita asumir una nueva perspectiva cívica ampliada, apoyada sobre la verdad incommovible de la “identidad común”; sin mengua de las diversidades humanas crecientes y de la participación de estas, fatalmente, alrededor de “intereses vitales” que han de compartirse para sobrevivir y mediante transacciones alrededor de las exclusiones que se consideren injustas.

Desde una perspectiva ética, cabe pensar que a la fractura de los sólidos y símbolos del capitalismo –las torres gemelas de Nueva York (2001) derrumbadas por el terrorismo deslocalizado que a la vez le pone punto final, por irreal e inefectivo, al Derecho internacional de los Estados– se le agrega más tarde la de los sólidos romanos. Y es que Papa Francisco, concluyendo el año 2019 declara ante la Curia Romana que “no estamos más en la cristiandad. Hoy no somos los únicos que producen cultura, ni los primeros, ni los más escuchados”. De donde, aproximándose ahora el final del año corriente, en su Encíclica *Fratelli Tutti* invoca repetidamente –luego de concertarla con el Gran Imán Ahmad Al-Tayyeb de Abu Dabi– el ideal de la «fraternidad universal», base filosófica de la masonería.

Al efecto, como cabeza del catolicismo y del Estado vaticano titula uno de sus apartados con la divisa del Gran Oriente de Francia: Libertad, igualdad, fraternidad. De donde la pregunta se impone: ¿Acaso se trata de una revisión entre líneas de la condena que hiciera la Iglesia a la Revolución Francesa y de una apuesta renovada por el racionalismo liberal, como fundamento del orden global esperado?

Una consideración de fondo nos hace Ferrajoli y a manera de cierre de las reflexiones precedentes, a saber, que no es la hora de los pesimistas del realismo quienes afirman la inmovilidad monótona de un decurso de fatalidades, ni la de las miopías nacionales o generacionales. Cabe afirmar, entonces y una vez más, la validez teleológica del ideal kantiano de “los tiempos mejores”: dejando a quienes no lo compartan la carga de la prueba.

Ese ideal lo hicieron posible las reglas humanistas y humanitarias de San Francisco, en 1945, por más que las realidades hubiesen torcido el rumbo en los decenios sucesivos hasta volver a recrear un clima de impunidad en el mundo. Antes fueron esbozadas por el mismo Vattel a contrapelo de la realidad histórica que le rodeaba y al construir teóricamente o describir normativamente las relaciones internacionales, «declinando» siempre a la luz de la idea de Humanidad que le tiene como pionero intelectual durante la modernidad: “Sería un error igualmente funesto y grosero imaginar que todo deber cesa, que todo vínculo de humanidad se rompe, entre dos naciones que hacen la guerra”, sostiene.

¿Acaso unidos, como lo predica Ferrajoli, por “la exigencia universalista de la autoconservación”? ¿Sólo posible, según lo dicta la experiencia y desde la perspectiva de la Justicia, bajo la noción de responsabilidad que predica Emer de Vattel (1714-1767) al fijar las bases del derecho internacional moderno: “Una nación debe preservar los derechos que le pertenecen: el sentido de su seguridad... no le permite sufrir de injurias [pero...] no le está permitido olvidar sus deberes para con las otras” (*Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Neuchatell, 1773, tome I)?

VI

Sobre la idea de responsabilidad que iluminaría el principio de la Justicia Social Internacional –tema pertinente al debate actual y sobre las asimetrías sociales que provoca la globalización– y pesa sobre quienes más tienen con relación a las naciones preteridas, el Institut de Droit International bajo su último Rolin, ya en 1963 le abre un camino seminal en el marco de los derechos y deberes entre los Estados al controversial *devoir d'assistance*.

En 2011, Joseph Razingger, como Papa Benedicto XVI sostuvo ante la ONU, justamente y a propósito de sincronía evidente entre los principios de solidaridad, justicia y responsabilidad, que:

“El principio de la «responsabilidad de proteger» fue considerado ... con razón como precursor de la idea de las Naciones Unidas [cuya fundación] ... coincidió con la profunda conmoción experimentada por la Humanidad cuando se abandonó la referencia al sentido de la trascendencia y de la razón natural y, en consecuencia, se violaron gravemente la libertad y la dignidad del hombre”.

Se practica así, por lo demás, el principio de la subsidiariedad tan caro a Ferrajoli y que sólo ve inhibido por la aporía que para el Derecho internacional ha significado, históricamente, la noción de la soberanía.

En suma, los universales de solidaridad, transparencia, democratización, subsidiariedad, sin perjuicio de las innovaciones constitucionales y orgánicas que reclama el orden global pendiente y sus concreciones constitucionales domésticas, habrán de estar presentes, acaso, como principios superiores en todos los planos de la experiencia humana, la personal, la social, la cultural y la política. Expresan de conjunto y en su plenitud la dimensión de la Justicia. Han de sujetar, por ende, la relación legitimadora entre medios –como el ecosistema digital contemporáneo– y fines legítimos hasta que se restablezcan los equilibrios perdidos durante la transición que iniciada en 1989 llega ahora a su final.

En uno u otro caso, siendo consistente con la premisa de nuestra tesis doctoral (A. Aguiar, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Caracas, Editorial Monte Ávila Editores Latinoamericana/UCAB, 1997), sin cerrarme a las otras consideraciones que suscita el presente epílogo y que permanecerán abiertas al debate, mal puedo obviar lo que ha sido mi juicio respecto del Derecho internacional y su fundamento constante, el que le otorga consistencia y ha permitido su sistematización como disciplina:

“Si se revisa la práctica diplomática no es difícil constatar cómo muchos Estados poderosos cumplen los tratados que han suscrito con Estados más débiles y en donde ‘la obediencia, en sentido sociológico, puede deberse a muchas otras razones’, distintas de la posibilidad real de que el Estado débil pueda apelar a la amenaza del empleo de la fuerza material en supuestos de violación de las obligaciones pactadas. “Lo que [ha de] importa[r] al jurista, entonces, es que en la gran mayoría de los casos las ordenanzas sean obedecidas o, planteado el problema normativamente, que las normas generales se apliquen”, sin que necesariamente medie el temor a la coacción formalizada”.

“Así planteadas las cosas, hemos venido sosteniendo que el Derecho existe como tal y adquiere especificidad no sólo cuando dos o más de sus sujetos coexisten o conviven dentro de un escenario relacional y societario. Existe Derecho cuando dichos sujetos admiten la idea de reciprocidad en los intercambios, lo cual supone que toda ruptura en el equilibrio relacional así preestablecido impulsa su oportuna reconducción o restablecimiento. El cuándo y el cómo de la reconducción dependerá, en un plano subsidiario, de la estructura institucional históricamente considerada y de los valores civilizatorios implícitos en la misma”.

“Dicho en otras palabras, todo orden adquiere especificidad y contextura jurídicas una vez que sus destinatarios lo aceptan y asumen como un orden de medidas que sólo puede realizarse en la voluntad o en la libertad y su correspondiente ejercicio; de donde la libertad de cada asociado presupondrá la libertad correlativa de los otros asociados, transformándose ambas en el límite o punto de equilibrio de las otras. Toda limitación recíproca de la libertad, en la definitiva, impondría a cargo de unos sujetos el respetarla y a favor de otros exigir ese respeto”.

“Este postulado resume, o mejor aún, del mismo se desprende directamente la noción o idea jurídica de la responsabilidad y la necesidad de que ésta, sin estar conceptualmente sujeta al imperativo de la coercibilidad, pueda realizarse de manera espontánea por quienes se integran en el plano social. Si falta en los asociados la convicción íntima de que el orden presupone y se fundamenta en dicha idea o categoría, no es dable ni posible la vigencia de eso que conocemos como Estado de Derecho. A lo sumo, estaríamos en presencia ora de un escenario relacional anarquizado ora de un escenario sujeto a repartos autoritarios de conducta, establecidos por quienes dentro del mismo sean poseedores de una mayor capacidad acumulativa de poder. Pero, en uno u otro caso, faltaría la «especificidad» jurídica por estar ausente en los asociados la convicción general e íntima sobre las bondades y la efectividad social trascendente de las normas de conducta así legisladas”.

En suma ¿los que alegan sus derechos humanos exponenciales en la actualidad, incluso provocando inflaciones que debilitan sus texturas y toda capacidad institucional interna e internacional de garantías, al cabo no reclaman siempre el *respondeo*, la *instaurabo*? ¿Y cuando son ellos mismos los que violentan los derechos de terceros, pueden en justicia negarse al reclamo de *responsum et indemnos*?

¿De la comisión de crímenes de trascendencia internacional, al término, lo que se colige nos es otra cosa que obtener la contraprestación de los responsables? ¿Y, cuando en el ejercicio legítimo de sus derechos soberanos como la investigación científica o médica para la producción de virus que corrijan enfermedades, un Estado –es el caso de China– causa daños transfronterizos a las poblaciones de otros no debe o se le pide la reparación de los daños irrogados o *damna reparare*?

Ante la globalidad de los problemas, entonces, sólo se puede predicar la globalidad de las soluciones a la luz de ese principio ordenador y central, el de la responsabilidad. Y según parece, todas las demás premisas pasan por el filtro o tamiz o se desprenden de ésta, como la subsidiariedad, la alteridad, la solidaridad, incluso la referida idea de la supervivencia. Así ha sido a lo largo de la historia del Derecho. Ese ha sido el núcleo de todos los ordenamientos consuetudinarios y pacticios al punto que han intentado casi doblegar la idea de la soberanía, al punto de ir transformándola en otra, la del ejercicio de una competencia conforme o no con el Derecho y la justicia.

Lo que si es cierto es que mientras que el discernimiento entre el bien y el mal, entre los atentados graves a las leyes de Humanidad o sus protecciones, dependan de la fuerza de las mayorías sobre las minorías –situando en el paradigma democrático procedimental– la llave de un Derecho cosmopolita apropiado al siglo XXI, como lo sugiere Ferrajoli, la mineralización del relativismo no hará más que hacer de la anarquía global en curso una regla consuetudinaria. Será la antesala de otra modalidad imperial e histórica que encontrará un renovado impulso en quienes anhelan, así sea intersticios de paz en medio del desorden.

Acepta el florentino, no obstante, que “lo que hoy llamamos globalización se caracteriza por una creciente inadecuación tanto de la política como del Derecho, en paradójico contraste con las dimensiones y la gravedad de los problemas que ella suscita”. Al efecto, si bien, como lo hace presente ante la ONU Benedicto XVI (Discurso de 18 de abril de 2008) “la búsqueda, siempre nueva y fatigosa, de rectos ordenamientos para las realidades humanas es una tarea de cada generación”, el anclaje antropológico de la construcción esperada, para que sea efectiva a la vez que proclive a la idea de la perfectibilidad del género humano, obliga a tener a mano la enseñanza y experiencia constante, que mal puede agotarse en los odres de un siglo como el actual. Y la experiencia nos está demostrando hoy que cuando a menudo la legalidad prevalece sobre la Justicia haciendo aparecer a los derechos humanos como “resultado exclusivo de medidas legislativas o decisiones normativas tomadas por las diversas agencias de los que están en el poder”, aquellos se vuelven proposiciones frágiles, sin fundamento trascendentes, ajeno a lo ético y lo racional.

La enseñanza propositiva del Papa jubilado es prudente y pertinente para los fines de salvar al Derecho internacional de su deconstrucción y en tiempos deconstructivistas, ofrecerle una armadura interna susceptible de sostener al conjunto de las diversidades dentro de un Derecho que se hace cosmopolita:

“La universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos sirven como garantía para la salvaguarda de la dignidad humana. Sin embargo, es evidente que los derechos reconocidos y enunciados en la Declaración [Universal de 1948] se aplican a cada uno en virtud del origen común de la persona... se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas y civilizaciones. Arrancar los derechos humanos de este contexto significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista... La Declaración Universal tiene el mérito de haber permitido confluir en un núcleo fundamental de valores y, por lo tanto, de derechos, a diferentes culturas, expresiones jurídicas y modelos institucionales”, finaliza Ratzinger.

Y tan coincide con la última perspectiva el propio Ferrajoli que, refiriéndose a la democracia cosmopolita como construcción jurídica en la época de la globalización y enumerando las razones que hacen posible la expectativa de “nuevas guerras” –la marginalidad de la ONU y la descalificación del Derecho internacional, la quiebra definitiva de los valores occidentales, las crisis de las libertades y de sus garantías en Occidente, la vigencia universal de un *legibus solutus* que ya muestra la experiencia en curso– pide a los juristas y a los políticos ser conscientes de que ante la creencia de que el relativismo ofrece alternativas exponenciales, la historia prueba lo contrario. Su ambigüedad siempre ha transitado en dos direcciones opuestas: “hacia la paz o hacia la guerra, hacia la libertad o hacia la opresión”.

Termina observando, al cabo, que “el camino de la paz y de la libertad pasa ciertamente a través del reconocimiento y protección de los derechos del hombre... un camino difícil. Pero no existen alternativas”, señala. Fue, al caso, lo que entendieron de manera luminosa los responsables de armar el orden mundial de “Naciones Unidas”, sucesivamente traicionado, en lo particular desde 1960, punto de declinación del “suave civilizador de las naciones” según Koskeniemi.

“Preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles [y] reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombre y mujeres...”, fue el desiderátum, según el Preámbulo de la Carta de San Francisco, de esa organización que se ha vuelto inútil, suerte de medicatura forense y patio de celestinaje de los mayores violadores de derechos humanos en el mundo, la ONU.

Los autores de la Carta de San Francisco asumieron un deber militante, tal y como se desprende del documento preliminar que suscriben en Washington D.C. el 1° de enero de 1942, en plenitud de la Segunda Gran Guerra. 26 naciones, entre éstas Rusia, China, Estados Unidos, y el Reino Unido declararon “estar convencidas de que la victoria completa sobre sus enemigos es fundamental para defender la vida, la libertad, la independencia y la libertad religiosa, y preservar los derechos humanos y la justicia en sus propias tierras, así como en otras tierras, y que ahora están comprometidos en una lucha común contra las fuerzas salvajes y brutales que buscan subyugar al mundo”.

Sensiblemente, las exigencias de la guerra de ordinario suscitan perspectivas que de no ser tamizadas a tiempo y para el tiempo sucedáneo, acaban subordinando las ideas de paz y de respeto por las libertades a una cuestión de poder, de mayorías o minorías como ha ocurrido. Tanto que, en el encuentro de Moscú de 30 de octubre de 1943 las potencias señaladas fijan como fundamento real de la organización que habrá de nacer, la ONU, “el principio de la igualdad soberana de todos los Estados..., y la adhesión de todos esos Estados, grandes y pequeños, para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”. El poder de policía y su lógica material, así, sujetó y primó desde entonces sobre la ética de los derechos humanos.

Hans Kelsen, eximio jurista alemán, previno a tiempo sobre la inconveniencia de dejar en manos del voto entre los poderosos o sus asambleas decidir asuntos tan cruciales como calificar las rupturas de la paz o los atentados contra el principio de primacía de la dignidad humana; cuestión más apropiada, según este, para entes independientes como la Corte Permanente de Justicia Internacional. Desde su enorme fe en lo jurídico y radicalizando el ideal del Estado de derecho, la propuesta, según sus exégetas, es “pacificar las relaciones internacionales utilizando el Derecho”. Pero vale aquí la admonición de Benedicto XVI, ante el parlamento federal alemán (Discurso del 22 de septiembre de 2011):

“Para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que en las cuestiones fundamentales del derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta: en el proceso de formación del derecho, una persona responsable debe buscar los criterios de su orientación”.

De modo que, concluyendo estas páginas, si hemos de escandalizarnos por el ingreso reciente al seno del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de gobiernos que cosifican al ser humano y violan sus derechos, mientras otros se abstienen o declaran neutrales ante los crímenes de lesa humanidad que se suceden en Venezuela, China, Rusia, Cuba —con sillas en ese órgano responsable de velar por la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos— ello es el efecto de la esquizofrenia de un sistema universal que, desde mediados del siglo XX, decidió avanzar sobre una aporía: su oscilación oportunista “entre el humanismo cosmopolita y la apología de la razón imperial”, como bien lo denuncia Martti Koskeniemi, miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU.

El derecho internacional humanitario de la crisis de migrantes y refugiados en Venezuela

José Ignacio Hernández G.*

Abogado

Resumen: *La crisis masiva de refugiados y migrantes en Venezuela, considerada la segunda crisis migratoria mundial y la mayor de la región, ha puesto en evidencia la fragilidad del Derecho Internacional de los refugiados. Frente a la definición estricta de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951, la Declaración de Cartagena de 1984 propuso una versión ampliada, similar a la reconocida en África, en la Unión Europea y, en fecha más reciente, la Declaración de Nueva York, de 2016. De acuerdo con ese concepto ampliado, y los principios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la crisis migratoria venezolana debe ser enmarcada dentro del Derecho Internacional Humanitario mediante la declaración prima facie de refugiados. Ello facilitará la coordinación de las políticas públicas orientadas a garantizar estándares mínimos de tratamiento, procurar el financiamiento internacional y abordar, de manera integral, la compleja transición de Venezuela, en el contexto de la responsabilidad para proteger.*

Palabras Clave: *Migrantes, refugiados, Declaración de Cartagena, Declaración de Nueva York, Derecho Internacional Humanitario, emergencias humanitarias complejas, crisis migratorias masivas, transición en Venezuela.*

Abstract: *The massive refugees and migrant's crisis in Venezuela, considered the second world migration crisis and the largest in the region, has demonstrated the fragility of the International Law of Refugee. Faced with the strict definition of a refugee in the 1951 Geneva Convention, the 1984 Cartagena Declaration proposed an expanded concept, similar to the one recognized in Africa, the European Union, and, more recently, the 2016 New York Declaration. In accordance with this expanded concept, and the principles of the Inter-American Human Rights System, the Venezuelan migration crisis must be framed within the International Humanitarian Law through the prima facie declaration of refugees. This will facilitate the coordination of public policies aimed to implement minimum standards of treatment, seeking international financing, and addressing, in a comprehensive manner, Venezuelan complex transition, in the context of the responsibility to protect.*

Key words: *Migrants, refugees, Cartagena Declaration, New York Declaration, International Humanitarian Law, complex humanitarian emergencies, massive migratory crises, transition in Venezuela.*

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor visitante, Universidad Castilla-La Mancha. Visiting Fellow, Center for International Development, Universidad de Harvard.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. LA CRISIS DE REFUGIADOS Y MIGRANTES, LA EMERGENCIA COMPLEJA Y EL COLAPSO DE LA CAPACIDAD ESTATAL
 1. *El concepto de migrante, la Declaración de Nueva York y el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular.*
 2. *Los dos conceptos de refugiados: el concepto estricto de la Convención de Refugiados y el concepto ampliado de la Declaración de Cartagena y aceptado en la Declaración de Nueva York. Hacia un nuevo concepto de refugiado basado en la centralidad de los derechos humanos.*
 3. *Las migraciones forzosas, las crisis de migrantes y refugiados y las emergencias humanitarias complejas. La responsabilidad colectiva de proteger y la declaratoria prima facie de refugiado.*
 4. *Estados fallidos, emergencias complejas y la crisis de refugiados y migrantes. La visión holística de la Declaración de Nueva York desde la responsabilidad para proteger.*
- II. LA CALIFICACIÓN DE LA MIGRACIÓN DESDE VENEZUELA COMO UNA CRISIS MASIVA DE MIGRANTES Y REFUGIADOS
 1. *La existencia de una crisis migratoria.*
 2. *La calificación de la crisis migratoria venezolana como un caso de desplazamientos forzosos y la declaratoria prima facie de refugiados.*
 3. *Los instrumentos de Derecho Internacional aplicables a la crisis venezolana y su incidencia sobre los Derechos domésticos.*
- III. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es exponer los lineamientos que desde el Derecho Internacional deben orientar la estrategia encaminada a brindar respuestas oportunas y efectivas a la **crisis de refugiados y migrantes** en Venezuela, en especial, tomando en cuenta el reciente *Informe de situación* de noviembre de 2020, preparado por Oficina de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Crisis de Migrantes y Refugiados Venezolanos¹.

Así, en *primer* lugar, se efectúa un repaso del origen y evolución de los conceptos de refugiado y migrante, especialmente, tomando en cuenta las crisis derivadas de emergencias humanitarias complejas que desencadenan desplazamientos forzosos internos y, en especial, externos. En esta primera parte se explica la evolución de los conceptos de migrantes y refugiados desde el Derecho Internacional, señalando cómo el concepto estricto de refugiado recogido en la *Convención de Ginebra* de 1951 ha propendido a una rígida distinción entre una y otra categoría, que la *Declaración de Cartagena*, de 1984 tiende a atemperar. Posteriormente, la *Declaración de Nueva York sobre refugiados y migrantes*, de 2016, el *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular* y el *Pacto Global sobre los Refugiados*, de 2018, han favorecido una interpretación menos rígida del concepto de refugiado, desde la primacía de los derechos humanos, en especial, en casos de crisis masivas derivadas de emergencias humanitarias complejas.

Sin perjuicio de la aplicación del concepto estricto de refugiado, este concepto ampliado establece garantías complementarias derivadas del Derecho Internacional Humanitario, que permiten calificar preliminarmente a los desplazados como refugiados, en lo que se conoce como declaratoria *prima facie*.

¹ Véase: http://www.oas.org/documents/spa/press/SR-OEA_Nov20-crisis-de-migrantes-y-refugiados-venezolanos-informe-de-situacion.pdf [Consulta: 13-12-20].

La *segunda* sección analiza, en sus aspectos generales, las características actuales del flujo de migrantes desde Venezuela, a los fines de explicar por qué ese flujo coincide con todas las características que, desde el Derecho Internacional Humanitario, han favorecido la protección complementaria de los desplazados forzosos como refugiados *prima facie*, en el marco de emergencias humanitarias complejas. Esa protección complementaria salvaguarda las políticas migratorias domésticas, a la par que favorece la atención coordinada de la crisis venezolana, incluso, en términos de financiamiento internacional.

Sin perjuicio del trato favorable que algunos de los Estados receptores de los desplazados venezolanos han brindado, y del impulso desde la OEA, lo cierto es que la crisis masiva de migrantes y refugiados de Venezuela no ha sido atendida desde el prisma del Derecho Internacional Humanitario, por medio de acciones coordinadas desde el multilateralismo. Esto puede explicar, al menos en parte, el limitado financiamiento que la crisis de Venezuela ha tendido. Pero en especial, la ausencia de tratamiento desde el Derecho Internacional Humanitario se ha traducido en problemas de coordinación que derivan en violaciones de los estándares humanitarios.

Una lamentable y reciente muestra de las consecuencias de estas fallas de coordinación es la muerte de al menos 11 venezolanos (7 adultos y 4 menores de edad), cuyos cuerpos aparecieron en la noche del sábado 12 de diciembre de 2020 cerca de la costa de Güiría, en la Península de Paria (estado Sucre). La Península forma parte de la ruta por mar de los migrantes venezolanos hacia Trinidad y Tobago, en una distancia de cerca de 40 kilómetros, por las llamadas “Bocas del Dragón”. Como se explica en este trabajo, la migración hacia Trinidad y Tobago ha generado inconvenientes ante las medidas tomadas por ese país para devolver a los venezolanos. Precisamente, los fallecidos pertenecen a uno de los botes dedicados al transporte de venezolanos que habría naufragado². Ante esta tragedia, el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, llamó a “*los gobiernos de la región a admitir a las personas que huyen de la dictadura en Venezuela buscando refugio, en cumplimiento del principio de no devolución y el Derecho Internacional*”³. La Organización de Naciones Unidas, igualmente.⁴

El Derecho Internacional de los migrantes se enfrenta a obstáculos derivados de la protección de la soberanía nacional en la definición de políticas migratorias, usualmente consideradas como un asunto doméstico protegido por el principio de no-injerencia y las políticas

² “Los naufragios profundizan el drama de los balseros venezolanos: “La gente está escapando”, El País, 13 de diciembre de 2020, tomado de: <https://elpais.com/internacional/2020-12-13/casi-20-muertos-en-un-naufragio-de-balseros-venezolanos.html> [Consulta: 13-12-20]. El comisionado de la OEA para la crisis de migrantes y refugiados venezolanos, David Smolansky, señaló que “allegados de estas personas denunciaron que ellos salieron el domingo 6 de diciembre en un peñero de Güiría hacia Trinidad y Tobago”. Efecto Cocuyo, 12 de diciembre de 2020, tomado de: <https://efectococuyo.com/la-humanidad/migrantes-venezolanos-mueren-guiria-trinidad/> [Consulta: 14-12-20].

³ Tal Cual, 13 de diciembre de 2020, tomado de: <https://talcualdigital.com/almagro-insta-a-paises-de-la-region-a-aceptar-migrantes-venezolanos-para-evitar-tragedias/> [Consulta: 13-12-20]. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, igualmente, exhortó a una investigación. Mensaje de 13 de diciembre de 2020 difundido en la cuenta Twitter de la Comisión: <https://twitter.com/CIDH/status/1338216772504346625?s=20> [Consulta: 14-12-20]

⁴ “ACNUR y OIM lamentan la muerte de personas refugiadas y migrantes en naufragio en la costa de Venezuela”, comunicado conjunto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUR) y la Organización Internacional sobre las Migraciones (OIM), 14 de diciembre de 2020, tomado de: <https://www.acnur.org/noticias/press/2020/12/5fd7e95e4/acnur-y-oim-lamentan-la-muerte-de-personas-refugiadas-y-migrantes-en-naufragio.html> [Consulta: 14-12-20].

de protección de empleo para los nacionales. Al respecto, y como recuerda la *Declaración de Nueva York*, de 2016, existe evidencia que demuestra que la migración ordenada puede generar efectos económicos favorables en el Estado receptor. Pero, sin perjuicio de ello, la centralidad de los derechos humanos en el contexto del Derecho Internacional Humanitario exige brindar protección complementaria a aquellos migrantes que han sido forzados a salir de su Estado de residencia por graves desórdenes típicamente asociados a emergencias humanitarias complejas y el colapso de la autoridad central, sin perjuicio de la aplicación del estatuto de refugiados en casos de persecución.

Esta es la protección complementaria que la región debe otorgar a los venezolanos que se ven forzados a huir debido a la emergencia humanitaria compleja, no solo para garantizar estándares mínimos sino además, para adoptar políticas coordinadas en la región orientadas a atender debidamente esta emergencia y las causas que la producen. Sin esas políticas coordinadas, la atención de la crisis será insuficiente, todo lo cual afectará los derechos humanos de los refugiados y migrantes venezolanos, como refleja la tragedia de Güiría.

I. LA CRISIS DE REFUGIADOS Y MIGRANTES, LA EMERGENCIA COMPLEJA Y EL COLAPSO DE LA CAPACIDAD ESTATAL

Lo primero que debemos precisar es el marco jurídico referencial de los migrantes y refugiados, especialmente en el contexto de crisis humanitarias derivadas de emergencias complejas y el colapso de la capacidad estatal. Lejos de agotar exhaustivamente este complejo tema, nuestro propósito es delinear el marco jurídico dentro del cual puede encuadrarse la crisis venezolana.

1. *El concepto de migrante, la Declaración de Nueva York y el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*

El migrante *es la persona que se desplaza de su lugar de residencia habitual (Estado de residencia) a un nuevo lugar de residencia (Estado sede o receptor)*⁵. La *migración*, por su parte, es la acción a través de la cual ese desplazamiento se lleva a cabo. La clave del concepto de migración no es por ello la movilización, sino la *movilización permanente*, asociada a la intención de fijar un nuevo lugar de residencia. Con lo cual, y dentro de las muchas definiciones admisibles, la migración puede ser *interna* o *externa*. En el primer caso el desplazamiento ocurre dentro del mismo Estado de la residencia, mientras que en el segundo caso el desplazamiento se realiza hacia un nuevo Estado sede⁶.

Además, la migración puede ser *voluntaria* o *forzosa*. En el primer caso, la persona toma la decisión de emigrar de manera voluntaria, por ejemplo, en búsqueda de mejores condiciones de vida, caso en el cual suele hablarse de *migrante económico* o del *trabajador migrante*.

⁵ El desplazamiento con fines de residencia se contraponen al desplazamiento temporal o por fines distintos a la residencia. En términos generales, suele exigirse una estadía superior a tres meses para calificar a una persona como migrante (de corto plazo), siempre y cuando la estancia no persiga fines recreacionales, de trabajo o familiares. La migración a largo plazo exige estancias superiores a un año. Estos criterios aluden los principios generales de Derecho Internacional, y dejan a salvo la regulación del Estado sede que califica las condiciones de residencia. *Vid.*: Glosario sobre las migraciones, Organización Internacional sobre las Migraciones (OIM), Ginebra, 2006, p. 42.

⁶ Dentro de las muchas definiciones admisibles, hemos tomado el concepto de migrante y migración del Glosario sobre las migraciones, pp. 37 y ss.

En el segundo caso, por el contrario, la persona es *forzada a emigrar*, sea de manera directa (por ejemplo, por una orden expulsión) o de manera indirecta (cuando la persona toma la decisión de emigrar para proteger bienes jurídicos esenciales como la vida, la libertad o la seguridad, incluso, de su núcleo familiar)⁷.

Como luego ampliaremos, la migración forzosa puede dividirse, a manera de ilustración, en tres grupos: (i) *refugiados*, (ii) *solicitantes de asilo* y (iii) *desplazados internos*. Los primeros son aquellos migrantes que se han visto forzados a huir de su Estado de residencia por graves perturbaciones al orden público. Los segundos son los migrantes que solicitan la protección del Estado sede ante persecuciones políticas en el Estado de residencia. Finalmente, los terceros son aquellos que se ven forzados a huir de su sitio habitual de residencia, pero dentro del mismo Estado.

Desde la perspectiva del Derecho Internacional, el concepto de migrante es de interés pues de él depende la aplicación de los criterios de residencia, que entre otros aspectos permiten determinar cuál es Derecho Nacional aplicable. Más en concreto, el Derecho Internacional se encarga de reconocer y garantizar los *derechos humanos del migrante*, los cuales actúan básicamente como un límite al Derecho Nacional del Estado sede en cuanto respecta a la aplicación de políticas migratorias domésticas⁸. Básicamente, los lineamientos en cuanto al respeto de los derechos humanos de los migrantes se basan en el principio de no-discriminación y el reconocimiento del derecho al libre tránsito⁹.

⁷ La migración forzosa ha sido definida como el “movimiento de personas en el que se observa la coacción, incluyendo la amenaza a la vida y su subsistencia, bien sea por causas naturales o humanas”. *Cfr.*: Glosario sobre las migraciones, *cit.*, p. 36. Entre otros, *vid.* Martin, Fullerton, et al., *Forced migration: Law and Policy*, St. Paul, MN, 2013, pp. 3 y ss.

⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUR), *Migración y derechos humanos. Mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional*, Ginebra, 2013. En 1999, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU creó la Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (Resolución 1999/44), con el propósito de hacer seguimiento a las políticas de derechos humanos de los migrantes. Los estándares de derechos humanos de los migrantes constituyen herramientas de protección frente a las políticas migratorias domésticas, en relación con la entrada, permanencia y salida de migrantes. Entre otros, tales estándares protegen el derecho a la no-discriminación, el derecho a la defensa y al debido proceso, así como el derecho de acceso a la justicia, los derechos de protección a la familia y niños, y el derecho a la identidad. Entre otros, *vid.* Goodwin-Gill, Guy, “International Law and Human Rights: Trends concerning International Migrants and Refugee”, en *The International Migration Review* 23, N° 3, 1989, pp. 526 y ss.

⁹ El Derecho Internacional de los derechos humanos de los migrantes se ha basado en el principio de no-discriminación, conforme al cual los derechos humanos deben garantizarse por igual a todas las personas, incluidos los migrantes quienes en ejercicio de su derecho a la libertad de tránsito adoptan la decisión de migrar. Puede verse al respecto la Resolución adoptada por la Asamblea General de la ONU N° 67/172, sobre protección de los migrantes. En la práctica, por lo anterior, y salvo en el área laboral, no existe un catálogo especial de derechos del migrante, pues los estándares más bien pretenden asegurar la protección universal de los derechos humanos, incluso, a quienes son migrantes. Véase, entre otros, a Olney, Shauna y Cholewinski, Ryszard “Migrant Workers and the Right to Non-discrimination and Equality”, en *Migrants at Work*, Migrants at Work, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 260 y ss. Como se resume, existen estándares internacionales de Derecho Laboral sistematizados en especial por la Organización Internacional del Trabajo, que han permeado al Derecho Internacional.

Sin embargo, salvo en materia de los *trabajadores migrantes*, lo cierto es que el Derecho Internacional de la migración se ha basado principalmente en la aplicación de dispersas normas de Derecho Internacional¹⁰.

El Derecho Internacional de los migrantes comenzó a cambiar a resultas de la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sustentable*, que previó la necesidad de adoptar políticas globales para asegurar que la *movilidad global* de personas pudiese apuntalar el desarrollo sustentable, considerando los efectos positivos que la migración puede producir en el crecimiento económico como elemento catalizador de la difusión del conocimiento¹¹, tal y como se reconoció en la *Declaración de Nueva York sobre refugiados y migrantes*, de 2016¹².

Para cumplir con este propósito y uniformar los estándares de derechos humanos aplicables a la migración internacional, en julio de 2018 la ONU culminó la redacción del *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*, cuyo proceso de suscripción se llevó a cabo en diciembre de ese año. El objeto del Pacto es establecer políticas globales comunes que dejen a salvo la soberanía del Estado sede para diseñar e implementar políticas migratorias. En todo caso, según su párrafo 11, el Pacto “*ofrece un panorama completo de la migración internacional y reconoce que es necesario aplicar un enfoque integral para optimizar los beneficios generales de la migración, abordando al mismo tiempo los riesgos y desafíos a que se enfrentan las personas y las comunidades en los países de origen, tránsito y destino*”¹³. No obstante, las dificultades apreciadas durante la negociación de este pacto, y la forma jurídica adoptada -que le resta, en el plano formal, relevancia jurídica- demuestran la tensión existente entre migración y soberanía estatal¹⁴.

¹⁰ Véase, entre otros instrumentos, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución N° 45/158 de 18 de diciembre de 1990. Su supervisión se ha encomendado a la Comisión de Migrantes Trabajadores.

¹¹ El énfasis se ha colocado en la movilidad antes que en el concepto de migración, para enfatizar los efectos favorables que la movilidad de personas puede tener para el crecimiento económico. Véase en este sentido el reporte de la Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los migrantes correspondiente al año 2016. El fundamento de esta visión es que la migración puede ser un catalizador para la difusión del conocimiento y, por ende, para promover el crecimiento económico. *Vid.*: Bahar, Dany y Rapoport, Hillel, “Migration, Knowledge Diffusion and the Comparative Advantage of Nations”, en *Economic Journal* 128-612, 2018, pp. 273 y ss., y Nedelkoska, Ljubica, et al., *Immigration and Economic Transformation. A Concept Note*, Center for International Development-Harvard Kennedy School, 2017.

¹² La ONU ha venido promoviendo Diálogos de Alto Nivel en materia de migración internacional y desarrollo. *Vid.*: *Migration Policy Practices*. Vol. II, N° 4, 2013, IOM. Pueden consultarse también las actividades del Foro Global sobre Migración y Desarrollo en: <https://gfmf.org> (Consulta: 12-4-20).

¹³ El principio tras el Pacto, resumido por el Grupo de Migración Global, es que la migración, en la era de la globalización, exige de políticas públicas coordinadas que permitan la inclusión ordenada de los migrantes en el desarrollo. Véase al respecto, del Grupo, el documento *Realizing the Inclusion of Migrants and Migration in the Post-2015 United Nations Development Agenda*, de 2015 en http://www.globalmigrationgroup.org/system/files/ForCirculation_Post-2015_discussion%20paper_April_2015.pdf. [Consulta: 12-4-20]

¹⁴ Lo importante del Pacto es que, pese a las dificultades durante su negociación, fue finalmente adoptado. La intención original, hacia 2017, era ciertamente ambiciosa: que el Pacto fuese suscrito por todos los Estados de la ONU. Estados Unidos decidió no participar en las negociaciones, lo que no impidió avanzar en la aprobación del texto final en diciembre de 2018, que tampoco ha sido refrendado por todos los Estados miembros. La forma final adoptada (se trata de un pacto de

En resumen, la migración se caracteriza por la movilidad de personas, especialmente, de su Estado de residencia al Estado sede receptor. Tal y como se asume en el *Pacto*, la migración debe ser resultado de una opción individual o familiar, y no una necesidad. En tal sentido, los esfuerzos desde la ONU se han centrado en promover la migración ordenada y segura a los fines de promover el desarrollo económico sustentable e incluso, todo lo cual justifica la protección de los derechos humanos del migrante, lo que ha entrado en tensión con concepciones jurídicas tradicionales de la soberanía estatal.

2. *Los dos conceptos de refugiados: el concepto estricto de la Convención de Refugiados y el concepto ampliado de la Declaración de Cartagena y aceptado en la Declaración de Nueva York. Hacia un nuevo concepto de refugiado basado en la centralidad de los derechos humanos*

A diferencia del concepto de migrante, que puede determinarse con facilidad, el concepto de refugiado es mucho más elusivo, en parte, como resultado de su disperso tratamiento en el Derecho Internacional.

A. *Refugiado en sentido estricto. El derecho de asilo*

El concepto estricto de refugiado deriva de la evolución del *Derecho Internacional de los refugiados*, y quedó recogido en la Convención relativa al estado de los refugiados o *Convención de Ginebra de 1951*¹⁵. Este concepto tiene un componente **esencialmente político**. En efecto, este concepto estricto se compone de dos elementos, según el artículo 1.A.2 de la *Convención*¹⁶: (i) el refugiado es toda persona que encontrándose fuera de su país de residencia, tiene temores debidamente fundados de que será **perseguido** por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o por opiniones políticas, y (ii) tal persona no puede –o no quiere, debido a temores fundados– requerir la protección del país de su nacionalidad. Como se observa, la clave para definir al refugiado es la causa por la cual éste se encuentra fuera del país de residencia, y que no es otra que los **fundados temores** deriva-

naturaleza más política que jurídica) no le resta, sin embargo, relevancia en su condición de documento que resume principios generales en torno a los estándares mínimos de tratamiento de los migrantes en el Derecho Internacional. *Cfr.*: Newland, Kathleen, “The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: An Unlikely Achievement”, en *International Journal of Refugee Law* 30, N° 4, 2018, pp. 657 y ss. Las reservas mostradas hacia el Pacto, en resumen, responden a la preocupación en torno a su compatibilidad con la soberanía estatal para regular a los migrantes. *Cfr.*: Capone, Francesca, “The Alleged Tension between the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration and State Sovereignty: ‘Much Ado about Nothing?’”, en *Leiden Journal of International Law* N° 3, 2020, pp. 713 y ss.

¹⁵ Este concepto encuentra su antecedente inmediato en el artículo 6 de la Resolución N° 428 (v) de 14 de diciembre de 1950, adoptada por la Asamblea General de la ONU, y por la cual se establece la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Cfr.*: Lehmann, Julian M., “At the crossroads: The 1951 Geneva Convention today”, en Juss, Satvinder, *Research Handbook on International Refugee Law*, Research Handbooks in International Law, Cheltenham, 2019, pp. 2 y ss.

¹⁶ Según ese artículo, el concepto de refugiado aplica a toda persona que se encuentre fuera del país de su nacionalidad y que no pueda o, en su caso, no quiera acogerse a la protección de su país de nacionalidad, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. También aplica a quien careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. Este concepto restringido, como se observa, coloca especial énfasis en el elemento de persecución, todo lo cual requiere de acciones específicas del Estado de la nacionalidad (o Estado de residencia).

dos de los específicos elementos mencionados en la Convención, y que se asocian con violaciones a derechos humanos que involucran *acciones específicas de persecución*. Se advierte que el país de la residencia puede ser distinto al país de la nacionalidad, pero lo relevante es la valoración en cuanto a la persecución que la persona puede sufrir en su país de residencia, y que le fuerza a huir o a no volver, según los casos¹⁷.

Como puede observarse, *el refugiado es un tipo especial de migrante*. En efecto, *todo refugiado es migrante, aun cuando no todo migrante es refugiado*. Es por ello que, a diferencia del régimen del migrante en el Derecho Internacional, el régimen del refugiado sí parte del reconocimiento de derechos humanos especiales, basados precisamente en la posición de vulnerabilidad del refugiado¹⁸.

Estos derechos humanos especiales derivan de la *Convención de Ginebra*, así como de otros instrumentos internacionales que se orientan a salvaguardar a los refugiados, vista su posición de vulnerabilidad. Un componente clave es el así llamado *estatuto de los derechos humanos de los refugiados*, uno de cuyos componentes básicos es el *derecho de asilo*. Incluso, el derecho de asilo –reconocido, entre otros, en el artículo 14.1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*– puede considerarse la fuente inmediata del estatuto de los derechos humanos de los refugiados. Muy especialmente en América Latina, pues esta región ha sido pionera en el reconocimiento del derecho al asilo¹⁹.

En tal sentido, el asilo puede ser definido como un *régimen jurídico de protección especial*, por el cual el Estado acepta proteger a un extranjero a los fines de evitar violaciones a sus derechos humanos por motivos de persecución. Los Estados tienen el derecho a otorgar asilo –no así el deber– y todas las personas tienen el derecho humano a *solicitar asilo*.

¹⁷ El protocolo de 1967 eliminó la limitación temporal derivada de la Convención, manteniendo el concepto de refugiado. Originalmente, este concepto solo aplicaba a hechos sucedidos antes del 1° de enero de 1951. Véase en general a Goodwin-Gill, Guy S., y McAdam, Jane, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 35 y ss. Como explican los autores, las dificultades para precisar el concepto jurídico de refugiado pueden obstaculizar la debida protección de derechos humanos.

¹⁸ El párrafo 4 del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular lo resume así: “si bien los refugiados y los migrantes tienen los mismos derechos humanos universales y libertades fundamentales, que deben respetarse, protegerse y cumplirse en todo momento, constituyen dos grupos distintos que se rigen por marcos jurídicos separados. Solo los refugiados tienen derecho a una protección internacional específica, definida en el derecho internacional de los refugiados. El presente Pacto Mundial se refiere a los migrantes y propone un marco de cooperación para abordar la migración en todas sus dimensiones”.

¹⁹ Desde el Tratado de Derecho Penal Internacional de 1889, pasando por las Convenciones sobre Asilo Territorial y sobre Asilo Político, suscritas en Caracas en 1954, el derecho de asilo hoy encuentra recepción en el artículo 22.1 de la Convención América sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José. *Cfr.*: San Juan, César, “Informe general de la investigación”, en *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, San José, 2004, pp. 23 y ss. Véase también a Goodwin-Gill, Guy S., y McAdam, Jane, *The Refugee in International Law*, *cit.*, pp. 37 y ss., así como 201 y ss. En especial, desde América Latina, entre otros, *vid.* Gros Espiell, Héctor: “El Derecho Internacional americano sobre asilo territorial y extradición en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, en *Asilo y protección internacional de los refugiados en América Latina*, Universidad Autónoma Nacional de México, México D.F., 1982, pp. 33 y ss.

Como se observa, existe una estrecha relación entre el concepto estricto de refugiado y el asilo, en tanto ambas figuras proceden en casos de riesgos a los derechos humanos basados en razones de persecución²⁰.

Asimismo, como veremos, otro derecho especial es el *derecho a la no-devolución* al Estado de la residencia, de acuerdo con el cual el Estado receptor no puede devolver al refugiado al Estado de residencia, precisamente, ante los riesgos a sus derechos humanos. Este derecho comporta una obligación negativa, y deja a salvo el régimen jurídico de la residencia del refugiado en el Estado receptor.

B. *El concepto ampliado o complementario de refugiado desde la Declaración de Cartagena y la centralidad de los derechos humanos. Su recepción en la Declaración de Nueva York*

El concepto estricto de refugiado se ha ampliado a los fines de reconocer la aplicación de la figura en casos que no entrañan persecución bajo los estrictos criterios de la *Convención*. Así, ese *concepto ampliado o complementario de refugiado* ha derivado de diversas Convenciones dictadas para circunstancias específicas, en concreto, en África²¹. Tal es el caso de la llamada *Declaración de Cartagena* de 1984²². Considerando la experiencia en Centroamérica, tal Declaración propuso aplicar el concepto de refugiado a “*las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público*”.

Otro antecedente importante en la ampliación del concepto de refugiado es la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos de 1986, en el caso *Soering vs. United Kingdom*, en la cual se concluyó que el Convenio Europeo de Derechos Humanos sería violado si se admite la expulsión de un ciudadano a un Estado en el cual existan motivos fundados de riesgos de tratos contrarios al artículo 3 del Convenio, en especial, de tratos de tortura, inhumano y denigrantes²³. Esto ha dado lugar a la llamada *protección complementaria* a la *Convención de Ginebra*, que aplica cuando la Convención no es aplicable, aun cuando la persona se encuentra en situación de riesgo de sus derechos humanos que le fuerzan a desplazarse o, en su caso, no volver al Estado de la residencia²⁴.

²⁰ El asilo puede ser otorgado fuera del territorio del país que lo otorga, pero en áreas que gocen de inmunidad como misiones diplomáticas (asilo diplomático), o en su propio territorio (asilo territorial). *Vid.* Glosario sobre las migraciones, *cit.* p. 8. En tal sentido, puede igualmente verse a Goodwin-Gill, Guy S., “The International Law of Refugee Protection”, en *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 37 y ss.

²¹ El concepto se ha ampliado a situaciones derivadas de conflictos externos, ocupaciones, dominaciones extranjeras o eventos que perturban seriamente el orden público. *Cfr.*: Artículo 1.2, Convención que rige aspectos específicos de los problemas de refugiados en África.

²² Declaración de Cartagena sobre los refugiados, adoptada por el Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá, en Cartagena de Indias, Colombia, el 22 de noviembre de 1984.

²³ Goodwin-Gill, Guy S., “The International Law of Refugee Protection”, *cit.*, p. 41.

²⁴ McAdam, Jane, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 197 y ss. Esta protección se basa en la Directiva 2011/95UE, de 13 de diciembre de 2011, “por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida”.

La ampliación del concepto de refugiado, incluso, ha sido reconocida en la ya citada *Declaración de Nueva York sobre refugiados y migrantes*, la cual no solo menciona expresamente a la *Declaración de Cartagena* sino que además, reconoce que los movimientos de refugiados pueden ser impulsados por varias causas, que van más allá de la persecución política (párrafos 64, 66 y 67).

En similar sentido, en 2018 ACNUR propuso ante la Asamblea General de la ONU, la adopción del *Pacto Global sobre los Refugiados*, como derivación de la *Declaración de Nueva York*. Esta propuesta se centra en cuatro objetivos, a saber, (i) aliviar las presiones sobre el Estado receptor o sede de los refugiados; (ii) empoderar a los refugiados para que puedan satisfacer sus propias necesidades; (iii) promover la cooperación con terceros Estados y (iv) apoyar al Estado de la residencia para que supere las condiciones que impulsan el flujo de refugiados (párrafo 7). Así, el *Pacto Global sobre los Refugiados*, aun cuando no ahonda en el concepto de refugiado, sí hace alusión a la *Declaración de Cartagena* (párrafo 5) y reconoce que los movimientos de refugiados pueden responder a diversas causas (párrafos 8 y 9), todo lo cual va en sintonía con el concepto ampliado de refugiado²⁵.

La diferencia entre el concepto estricto y el concepto ampliado de refugiado se ubica en las causas que llevan a calificar a una persona migrante como refugiado. Así, mientras que el concepto de la *Convención de Ginebra* solo aplica ante las causas específicas del citado artículo 1 (causas que involucran persecución), el concepto ampliado aplica, en general, ante cualquier causa que suponga una “*grave perturbación del orden público*” aun cuando no envuelvan acciones específicas de persecución²⁶.

Ahora bien, desde la perspectiva de América Latina, es preciso recordar que mientras que la *Convención de Ginebra* es un acuerdo general adoptado por la Asamblea General de la ONU, la *Declaración de Cartagena* es un acuerdo informal adoptado en el marco del *Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá*, y que por ende, contiene solo recomendaciones atendiendo a las particulares condiciones de esos países²⁷. Empero, sería un error considerar que la Declaración, y por ende, la ampliación del concepto de refugiado es jurídicamente intrascendente.

²⁵ La Asamblea General aprobó el Pacto el 17 de diciembre de 2018, con 181 a favor, y los votos de Estados Unidos y Hungría en contra (con las abstenciones de Eritrea, Liberia y Libia). Como sucedió con el instrumento jurídico sobre migraciones, el Pacto Global sobre los Refugiados puso en evidencia la tensión entre la soberanía estatal y el Derecho Internacional, lo que puede explicar la forma jurídica adoptada. En todo caso, en tanto texto que recopila los estándares mínimos de protección de los refugiados, se trata de un instrumento de gran relevancia. *Vid.*: Triggs, Gillian D, y Wall, Patrick C J. “The Makings of a Success’: The Global Compact on Refugees and the Inaugural Global Refugee Forum”, en *International Journal of Refugee Law*, Volumen 32, N° 2, 2020, pp. 283 y ss.

²⁶ En términos jurídicos, mientras que la enumeración de los casos de refugiados en la Convención de Ginebra es cerrada (aplica solo en casos de persecuciones por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o por opiniones políticas), el concepto ampliado es abierto (aplica en cualquier situación que sea catalogada como “grave perturbación al orden público”).

²⁷ Posteriores Coloquios han ahondado en estas recomendaciones. Es el caso de la Declaración de San José (1994), la Declaración de México (2004) y recientemente, la Declaración de Brasil (2014). En cuanto a los orígenes de la Declaración de 1984, entre otros, *vid.* Memoria del Coloquio Internacional. 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, San José de Costa Rica, 1994. Como se explica allí, la Declaración surgió ante la necesidad de adecuar el marco jurídico de los refugiados ante las migraciones derivadas de la crisis política en Centro-

Por el contrario, desde la perspectiva de los derechos humanos, puede afirmarse que *el concepto ampliado de refugiado ha sido incorporado al Derecho Internacional de los refugiados*, particularmente en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, el concepto de refugiado está asociado a diversos derechos humanos reconocidos en Tratados Internacionales, como el derecho a la vida, a la salud y a la integridad personal. Con lo cual, el concepto de refugiado *debe siempre interpretarse en el sentido más favorable a la protección de los derechos humanos*. De allí que, pese a que la *Declaración de Cartagena* es un instrumento informal con un ámbito de aplicación muy específico, ella constituye un precedente importante en cuanto a la interpretación del concepto de refugiado en el sentido más favorable a los derechos humanos²⁸, especialmente, desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos²⁹.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha analizado el Derecho Internacional de los refugiados desde una perspectiva amplia, procurando la protección efectiva de los derechos humanos y considerando, incluso, el concepto ampliado de refugiado en la *Declaración de Cartagena*. De esa manera, en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, en sentencia de 25 de noviembre de 2013, la Corte concluyó lo siguiente:

“Posteriormente, fue adoptada la Declaración de Cartagena sobre Refugiados en un coloquio realizado por ACNUR y otras instituciones que se llevó a cabo en noviembre de 1984 en Cartagena de Indias, Colombia. Entre otros, había expertos de los seis países centroamericanos (Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua) y de los países que conformaban el grupo de Contadora (Colombia, México, Panamá y Venezuela), la cual amplió la definición de refugiado para abarcar, además de los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Esta Declaración ratificó la naturaleza pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria de la concesión de asilo o del reconocimiento de la condición de refugiado. La definición ampliada de refugiado contenida en esta Declaración ha sido adoptada en 14 diferentes legislaciones nacionales en la región latinoamericana y, en el caso de Bolivia, fue incluida en el Decreto Supremo 19640 de 4 de julio de 1983174, que tuvo aplicación en los hechos del presente caso”

mérica, aun cuando su propósito fue avanzar en la construcción de un estatuto más amplio para los refugiados. *Cfr.*: Asomani, Koj, “Análisis histórico de la situación de los refugiados en América Latina que propició la adopción de la Declaración de Cartagena de 1984 sobre los Refugiados”, pp. 185 y ss.

²⁸ Este aspecto fue resaltado en la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos. (CIREFCA). *Vid.*: “International Conference on Central American Refugees (CIREFCA), Guatemala City, 29-31 May 1989 - Declaration and Concerted Plan of Action”, en *International Journal of Refugee Law*, 1(4), 1989, pp. 574-58.

²⁹ En tal sentido, se ha considerado que la Declaración contribuyó a uniformar el lenguaje del Derecho de refugiados en la región, incluso, influyendo en legislaciones domésticas en aspectos que van más allá de la ampliación del concepto de refugiado, *Vid.*: Gross Espiell, Héctor, et al., “Principles and Criteria for the Protection of and Assistance to Central American Refugees, Returnees and Displaced Persons in Central America”, en *International Journal of Refugee Law* N° 2(1), 1990, pp. 83 y ss.

De hecho, tal y como recordó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la definición ampliada de refugiados tomó en cuenta la evolución de la doctrina interamericana de derechos humanos³⁰:

“Posteriormente, la Declaración de Cartagena tomó como base la definición que había sido propuesta por la CIDH para la definición ampliada de refugiado fijada en dicho instrumento. La misma Declaración de Cartagena, en su Conclusión III, se reconoce a la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como una de las fuentes de la definición ampliada de refugiado”.

En tal sentido, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) convocó en 2013 una mesa de trabajo para el análisis de la *Declaración*. Entre las conclusiones formuladas, destaca la opinión conforme a la cual, aun cuando la *Declaración* no tiene efectos jurídicos directamente vinculantes, ella ha influenciado el Derecho Nacional e Internacional de los refugiados. Con lo cual, se trata de un instrumento que aborda la problemática de los refugiados con un enfoque pragmático, procurando la interpretación extensiva del estatuto de refugiados de acuerdo con los postulados del Derecho Humanitario³¹.

En resumen, es posible sostener que el concepto ampliado de la *Declaración de Cartagena* es parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por ello, a esos fines, **el concepto de refugiado comprende también a toda persona que por “graves perturbaciones del orden público” es forzada a desplazarse a otro país**, incluso, si tales graves perturbaciones no responden a casos de persecución política, tal y como también se desprende de la *Declaración de Nueva York*. Ello es consistente con el principio *pro persona* reiteradamente afirmado por la Corte Interamericana, conforme al cual, debe siempre propenderse a la interpretación más favorable a los derechos humanos -lo que favorece la recepción del concepto ampliado de la *Declaración de Cartagena*³². Al tratarse de una protección complementaria, el ámbito de derechos derivados de este concepto ampliado es distinto al que se desprende de la Convención de Ginebra. En especial, como veremos de seguidas, el concepto ampliado o complementario es fundamental para la aplicación del derecho a la no-devolución.

C. *El estatuto del refugiado y el derecho a la no-devolución*

Una de las piedras angulares del Derecho Internacional es garantizar el principio de no-devolución (*non-refoulement*). Tal principio genera dos consecuencias relevantes para el Estado receptor: (i) el Estado receptor **debe brindar garantías efectivas de que el refugiado no será devuelto al Estado del cual huyó** y (ii) el Estado receptor debe **brindar garantías efectivas que permitan al refugiado permanecer en su territorio en condiciones acordes con la dignidad humana**, al menos, mientras decide cuál será su lugar de residencia³³.

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2015, pp. 52 y ss.

³¹ ACNUR, *Expert roundtable Interpretation of the extended refugee definition contained in the 1984 Cartagena Declaration on Refugees. Summary Conclusions on the interpretation of the extended refugee definition in the 1984 Cartagena Declaration*, Montevideo, Uruguay, 15-16 de octubre de 2013.

³² Entre otras, *vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 5 de julio de 2004, caso 19 Comerciantes vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 173.

³³ El principio de no-devolución –piedra angular del estatuto de refugiados– es considerado una norma consuetudinaria que no admite excepciones o reservas y que por ende, priva de manera absoluta en el Derecho Internacional y en el Derecho doméstico. Tal carácter fue expresamente reco-

Tal y como resume el punto quinto de la *Declaración de Cartagena*, el principio de no-devolución, incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras, es:

“... piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*”.

Precisamente, para garantizar el principio de no-devolución, el Derecho Internacional ha creado un conjunto de *derechos especiales del refugiado*³⁴. Así, (i) el Estado receptor debe implementar las medidas que permitan la residencia legal del refugiado, incluso, con fines de trabajo –o ejercicio de actividades económicas incluyendo profesiones liberales- en igualdad de condiciones (artículos 17, 18, 19, 24 *Convención*). Además (ii) el Estado receptor debe garantizar el acceso de los refugiados a servicios educativos, seguridad social y asistencia administrativa artículos 22, 24 25, *Convención*). En el Anexo I del *Pacto Mundial para una Migración Segura* se amplían estos derechos, en función a varios grupos que comportan deberes específicos para el Estado receptor, relacionados con (i) la recepción y admisión y (ii) la satisfacción de necesidades inmediatas, todo ello, (iii) a través de políticas públicas que permitan la satisfacción progresiva de las necesidades esenciales asociadas a la vida, la salud y la dignidad humana. Todo lo cual genera, en cabeza de la comunidad internacional, el deber de colaborar con el Estado receptor y en especial, con las comunidades que reciben a los refugiados.

Nótese que el *asilo* no es mencionado expresamente, pues éste debe ser valorado como uno de los mecanismos a través de los cuales el refugiado puede ejercer su derecho a fijar su residencia en el Estado receptor. Quizás por su importancia histórica –especialmente en América Latina- el derecho de asilo opacó al régimen jurídico del refugiado, especialmente por razones políticas. Pero tal institución no agota el catálogo de derechos reconocidos al refugiado.

De esa manera, el refugiado, a diferencia del migrante, goza de un catálogo de derechos especiales que pivotan en torno al principio conforme al cual el refugiado no puede ser devuelto al Estado de residencia o Estado de origen, debido al riesgo que pesa sobre sus derechos humanos, de acuerdo con la protección complementaria.

D. *Recapitulación*

El Derecho Internacional se ha basado en el concepto estricto de refugiado que deriva de la *Convención de Ginebra*, que aplica en casos específicos de persecución. Ello lleva a que la calificación del migrante como refugiado responda a un análisis casuístico. En tal

nocido en la Declaración de Cartagena y ha sido luego ratificado, por ejemplo, en la Declaración de Brasil de 2014 (“A Framework for Cooperation and Regional Solidarity to Strengthen the International Protection of Refugees, Displaced and Stateless Persons in Latin America and the Caribbean”). Con lo cual, el principio de no-devolución excede incluso del ámbito de la Convención de 1951, pues aplica a toda situación que coloque en riesgo los derechos humanos, especialmente, en casos de tratos crueles e inhumanos. *Cfr.*: McAdam, Jane, “Human Rights and Forced Migration”, en *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, *cit.*, pp. 203 y ss. Estas características han aumentado los recelos de los Estados en torno al Derecho Internacional de los refugiados, en tanto la no-devolución limita la soberanía estatal para implementar políticas migratorias. *Vid.*: Moran, Clare Frances, “Strengthening the Principle of Non-refoulement”, en *The International Journal of Human Rights*, 2020, DOI: 10.1080/13642987.2020.1811690

³⁴ En el ámbito del Sistema Interamericano, véase en especial el informe de la Comisión, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, *cit.*

sentido, la diferencia entre el migrante y el refugiado -no siempre clara- se traduce en el estatuto de derechos especiales de éste, derivados de la Convención, y entre los cuales sobresale el derecho al asilo. Esto no impide aplicar, al refugiado, el catálogo general de derechos del migrante, que como vimos, parte del derecho a la no-discriminación.

La experiencia práctica ha demostrado que los derechos humanos de ciertos migrantes pueden estar en peligro si éstos son forzados a volver al Estado de residencia en casos distintos a la persecución. Bajo la primacía de los derechos humanos, esto ha llevado a formular un concepto ampliado o complementario, a los fines de brindar especial protección jurídica a aquellos migrantes cuyos derechos humanos están en riesgo en el Estado de la residencia, sin perjuicio de la aplicación de la *Convención*. Este concepto ampliado es fundamental para la aplicación del derecho a la no-devolución, de acuerdo con la *Declaración de Cartagena*, la *Convención de Nueva York* y el *Pacto Global sobre los Refugiados*.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, este concepto ampliado o complementario deriva de la *Declaración de Cartagena*, cuyos efectos jurídicos han sido reconocidos por la Corte y la Comisión Interamericana, de acuerdo con el principio de interpretación más favorable a los derechos humanos, en especial, en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por ello, la distinción jurídico-formal entre migrante y refugiado, y el alcance del concepto de refugiado, en modo alguno puede derivar en violaciones -actuales o potenciales- de los derechos humanos de quienes, por graves alteraciones al orden público, se ven forzados a huir de su Estado de residencia –o no pueden volver a éste– al margen del cumplimiento de los criterios de la *Convención de Ginebra*.

3. *Las migraciones forzadas, las crisis de migrantes y refugiados y las emergencias humanitarias complejas. La responsabilidad colectiva de proteger y la declaratoria prima facie de refugiado*

De lo antes expuesto se desprende que, desde el Derecho Internacional, se ha diferenciado entre el migrante (género) y el refugiado (especie). Más en concreto, puede señalarse que ***el refugiado es un migrante forzado***, o sea, una persona que se ve forzada a emigrar, (i) por persecuciones en los términos específicos de la *Convención de Ginebra* o (ii) por graves perturbaciones al orden público, de acuerdo con el concepto ampliado, recogido en América Latina en la *Declaración de Cartagena*. Precisamente, al tratarse de un caso de migración forzada, el refugiado se encuentra en una especial posición de vulnerabilidad que exige una protección jurídica especial de sus derechos humanos.

Empero, las categorías empleadas en el Derecho Internacional no son del todo precisas, todo lo cual genera riesgos de que aspectos meramente formales reduzcan la calidad de la defensa de los derechos humanos de los refugiados. Al respecto, cabe observar que ***la distinción entre migrante y refugiado en cierto sentido se ha atemperado como resultado de la universalización de los derechos humanos***. En efecto, tanto el migrante como el refugiado son titulares de derechos humanos que el Estado receptor está obligado a asegurar. Ello propende a cierta uniformidad en cuanto al respeto de los derechos humanos relacionados con la entrada, permanencia y salida en el Estado receptor, tal y como se desprende de la *Declaración de Nueva York*.

En todo caso, un ámbito en el cual interesa ahondar en la distinción entre migrantes y refugiados, desde la centralidad de los derechos humanos, es en aquellas situaciones en las cuales los desplazamientos resultan ***masivos***, en lo que se conoce como ***crisis de refugiados y migrantes***, típicamente asociadas a ***emergencias humanitarias complejas***.

Estos episodios reflejan los inconvenientes de mantener una distinción formal excesivamente rígida migrante y refugiado, que no considere, además, la relevancia práctica del concepto ampliado o complementario.

A. *Las migraciones forzosas y las migraciones masivas*

En términos generales, puede hablarse de las *migraciones forzosas* para describir a la persona que ha sido forzada o impulsada a emigrar, lo que justifica la aplicación de un catálogo especial de derechos debido a su situación de vulnerabilidad. Más allá de cumplir con los parámetros de la *Convención de Ginebra*, lo cierto es que, conceptualmente, el concepto de “migración forzosa” debe coincidir con el concepto de refugiado de cara, al menos, a la protección complementaria. Así, quien es desplazado en contra de su voluntad -o sea, de manera forzosa- se encuentra en una situación de vulnerabilidad que justifica, cuando menos, la aplicación del concepto complementario de refugiado.

Esto es especialmente relevante en casos de migraciones *masivas*, esto es, *los grandes movimientos de migrantes*. El párrafo 6 de la *Declaración de Nueva York* alude así a “grandes movimientos” de refugiados, mientras que el *Pacto Global sobre los Refugiados* alude a situaciones de refugiados de gran escala o complejas (párrafo 24). A pesar de no tratarse de un concepto jurídico definido, las migraciones masivas resultan relevantes en la medida en que ellas degeneren en una *crisis*, esto es, *aquella situación en la cual el volumen de emigrantes en un momento dado excede la capacidad del Estado receptor*³⁵. Estas crisis, llamadas también como “migración de sobrevivientes”, se asocia con crisis humanitarias causadas por desastres humanitarios e incluso -y con mayor incidencia práctica- por conflictos civiles y políticos que afectan la estabilidad del Estado³⁶. En específico, estas situaciones son comunes a las llamadas *emergencias humanitarias complejas*. Para David Keen, estas emergencias son crisis humanitarias relacionadas con conflictos violentos –como guerras civiles, limpieza étnica y genocidios- con lo cual son emergencias generadas por la acción humana. Por ello, la emergencia compleja se diferencia de la emergencia ocasionada por desastres naturales³⁷.

En casos de grandes movimientos de refugiados y migrantes, asociados a emergencias complejas, suele aludirse a *crisis de refugiados y migrantes*³⁸. Tal expresión, indirectamente empleada en el párrafo 24 del *Pacto Mundial para una Migración Segura*, describe aquellas situaciones en la cuales *la dimensión del flujo de migrantes supera la capacidad del Estado receptor*, todo lo cual exige acciones coordinadas de la comunidad internacional. Con lo cual, es útil aludir a crisis de refugiados y migrantes para describir aquellas circunstancias en las cuales la comunidad internacional debe actuar a los fines de asegurar respuestas efectivas y oportunas conforme a los lineamientos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario, como corresponde en episodios de emergencias humanitarias complejas.

³⁵ No toda migración masiva genera necesariamente una crisis. Así, lo importante no es solo un número elevado de emigrantes, sino el hecho de que la migración se realiza de manera simultánea, al punto de desbordar la capacidad del Estado receptor. Ante la imprecisión de estos términos, entendemos que las migraciones masivas que generan crisis solo pueden identificarse caso por caso.

³⁶ Betts, Alexander, *Survival Migration: Failed Governance and the Crisis of Displacement*, Cornell University Press, Ithaca, 2013, pp. 18 y ss.

³⁷ Keen, David, *Complex emergencies*, Polity Press, Malden, 2008, pp. 1 y ss.

³⁸ La expresión “crisis de refugiados” se ha ampliado para describir migraciones forzadas masivas que demandan especial atención por parte de los Estados receptores. Puede verse un análisis histórico de tales crisis en Zolberg, Suhrke, et al., *Escape from violence: Conflict and the refugee crisis in the developing world*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 18 y ss. Igualmente, *vid.* Gibney, Mark, *Global refugee crisis*, ABC-CLIO, Santa Barbara, 2010, pp. y 25 y ss.

Sin embargo, la expresión *crisis de refugiados y de migrantes* es equívoca, pues en realidad, la crisis podría ser de refugiados o de migrantes, según la calificación que se dé en cada caso³⁹. En tanto esa crisis responde a desplazamientos masivos y, por ende, forzosos, entonces, es posible aplicar el concepto ampliado o complementario de refugiado. Sin embargo, esta discusión -que es formal- tiene el riesgo de desviar el foco de atención del objetivo relevante, cual es la atención de tal crisis desde el Derecho Internacional Humanitario, más allá de la discusión sobre la naturaleza de los desplazados como migrantes o refugiados.

En efecto, como vimos, el concepto de *crisis* debe emplearse en casos de grandes movimientos de migrantes que excedan la capacidad del Estado receptor. Nótese que esa crisis alude a un hecho, a saber, el flujo masivo de personas hacia el Estado receptor. En tal sentido, *mientras que la migración es un hecho –el flujo de personas– el refugiado es una calificación jurídica*. Con lo cual, el hecho relevante es el flujo masivo de personas, o sea, el flujo masivo de migrantes o crisis de migrantes. Esa sola crisis justifica aplicar mecanismos de protección especiales, sin perjuicio de la calificación jurídica de refugiado que pueda efectuarse caso por caso.

Con lo cual, la crisis de migraciones, debido a la existencia de flujos masivos, exige activar mecanismos especiales de atención de los migrantes de acuerdo con las reglas del Derecho Internacional Humanitario, tal y como recientemente ha sido reconocido en los párrafos 22 y siguientes de la *Declaración de Nueva York*. La clave aquí es la *vulnerabilidad* en la cual se encuentran las personas que participan en las migraciones masivas, pues ello requiere esfuerzos especiales para satisfacer sus necesidades esenciales. Esto quiere decir que, al margen de la diferencia entre migrantes y refugiados, todo flujo masivo de personas hacia el Estado receptor debe ser atendida con base en estándares comunes de protección de los derechos humanos aplicables en situaciones de emergencias humanitarias complejas⁴⁰.

Esta aproximación pragmática tiene una ventaja, pues los estándares de protección no dependen de la calificación formal de refugiado según la *Convención de Ginebra*, un aspecto que puede crear obstáculos en el Estado receptor que obstruyan la atención de la emergencia humanitaria compleja. A esos fines, la declaratoria “*prima facie*” de refugiado, que explicamos en el punto siguiente, resulta útil.

B. *La declaratoria prima facie de refugiados*

La crisis masiva de migrantes permite aplicar la calificación *prima facie* de refugiado. En tal sentido, ACNUR ha aludido a la posibilidad de *reconocimiento prima facie de refugiados*, esto es, la posibilidad de declarar la condición de refugiado sobre la base de un análisis preliminar y objetivo de las circunstancias del Estado de origen, especialmente, respecto

³⁹ Pese a ello, suele aludirse en sentido general a la crisis de refugiados y migrantes. Por ejemplo, *vid.* Global Forum on Migration and Development, Documento Conceptual. Noveno Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo celebrado en Bangladesh, 2016, intitulado La migración como instrumento del desarrollo sostenible de todos: hacia una agenda transformativa para la migración.

⁴⁰ Los párrafos 22 y siguientes de la Declaración de Nueva York enumeran los derechos comunes a los migrantes y refugiados, que parten del reconocimiento de la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran quienes se desplazan masivamente hacia el Estado de receptor. Por ello, el Estado receptor debe garantizar el respeto de los derechos humanos (párrafos 24 y 26); el respeto al derecho a la salud, especialmente en caso de enfermos de SIDA (párrafo 30); la igualdad de género (párrafo 31); la protección de los niños (párrafo 32); el debido proceso (párrafo 33); la protección en contra del tráfico de personas (párrafos 34 al 36); la protección en contra del racismo y xenofobia (párrafo 39) y la necesaria cooperación internacional y humanitaria (párrafo 38).

de aquellos que huyen de circunstancias de riesgo⁴¹. Este método se contrapone a la *declaración individual de refugiado* que exige el análisis detenido de cada caso. Por ello, el reconocimiento *prima facie* de refugiados es particularmente relevante en casos de *migraciones masivas*, cuando las circunstancias de tal migración permitan considerar que quienes migran lo hacen huyendo de graves perturbaciones que colocan en riesgo sus derechos humanos, sin que sea posible -no al menos, de manera inmediata- evaluar casos individuales⁴². Cabe acotar que la calificación *prima facie* ha sido admitida por ACNUR, incluso, de acuerdo con el concepto ampliado de la *Declaración de Cartagena*⁴³.

La declaración *prima facie* de refugiados es relevante únicamente para asegurar la aplicación del estatuto especial de derechos del refugiado derivado del principio de no-devolución, sin desmedro de la aplicación de los estándares de protección de derechos humanos aplicables en emergencias humanitarias complejas. Por lo anterior, la calificación del refugiado no puede afectar el objetivo último de *lograr la atención inmediata y oportuna a la crisis*, como en especial se desprende del *Pacto Mundial para una Migración Segura* (párrafos 68 y 70) y en especial, su Anexo I, que reúne los lineamientos para la atención coordinada de *grandes movimientos de refugiados*.

De esa manera, las obligaciones del Estado receptor de proteger los derechos humanos de las personas que participan en movimientos masivos de refugiados, e incluso, la calificación *prima facie* de la condición de refugiado, encuentran fundamento en el *deber colectivo de los Estados de proteger a los migrantes*⁴⁴. Más en específico, estas obligaciones se enmarcan en el *principio de responsabilidad proteger*, que en el contexto de emergencias humanitarias complejas, refuerza la responsabilidad colectiva de los Estados de proteger los derechos humanos de quienes se ven forzados a emigrar de manera masiva, para así evitar graves violaciones a derechos humanos⁴⁵.

La declaratoria *prima facie* no debe ser valorada como un riesgo a la soberanía estatal, básicamente, pues esta declaratoria se basa en la primacía de la protección de derechos humanos en emergencias humanitarias complejas. Pero desde una dimensión más práctica, esta declaratoria es preliminar, solo relevante a los fines de la aplicación del derecho a la no-devolución y la promoción de acciones coordinadas, mientras cada Estado, en el marco del Derecho Internacional y su Derecho doméstico, implementa las políticas orientadas a regular la permanencia de los refugiados en su territorio.

⁴¹ En general, *vid.* ACNUR, Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, Ginebra, diciembre de 2011, en especial párrafo 23.

⁴² *Cfr.*: ACNUR, Guidelines on international protection N° 11. Prima Facie Recognition of Refugee Status, GENERAL HCR/GIP/15/11 5, Junio de 2015. De acuerdo con este documento, el reconocimiento *prima facie* es relevante en situaciones de llegadas a gran escala de refugiados, esto es, el arribo de migrantes que requieren de protección internacional en un número tal que imposibilita el reconocimiento individual. *Cfr.*: Batchelor, Carol, y Edwards, Alice, “Introductory Note to UNHCR’s Guidelines on International Protection on Prima Facie Recognition of Refugee Status”, en International Journal of Refugee Law 28, N° 2, 2016, pp. 318 y ss.

⁴³ Véase específicamente el párrafo 5 del documento citado en la nota anterior.

⁴⁴ Hurwitz, Agnès, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 174 y ss.

⁴⁵ En general, *vid.* Thakur, Ramesh, United Nations, Peace and Security, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 272 y ss. Más en específico, *vid.* Aldoghmi, Hamzah S, “R2P and Refugee Protection: Framing the Responsibility to Protect Prima Facie Refugees Fleeing Mass Atrocity Crimes”, en Global Responsibility to Protect, Volumen 11, N° 1, 2019, pp. 104 y ss.

C. *Recapitulación*

La distinción jurídica entre migrantes y refugiados, impactada por la defensa doméstica de la soberanía estatal para conducir políticas migratorias, no se adapta a los desplazamientos masivos de personas en el medio de emergencias humanitarias complejas. Tales desplazamientos masivos, al exceder la capacidad del Estado receptor, no permiten –no al menos, en un inicio– análisis casuísticos para determinar cuáles de los migrantes forzosos pueden o no ser declarados refugiados bajo la *Convención de Ginebra*. Pero al mismo tiempo, la naturaleza masiva y forzada de esos desplazamientos permite comprender que la crisis de migrantes es, en realidad, crisis de refugiados (si recordamos que, en sentido general, el migrante forzado es un refugiado).

El concepto complementario de refugiado adoptado en la *Declaración de Ginebra* otorga cobertura legal a esta conclusión, pues la emergencia humanitaria compleja envuelve graves desórdenes al orden público que justifica aplicar estándares comunes de protección, muy en especial, en cuanto el derecho a la no-devolución y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario. La calificación formal del migrante como refugiado en modo alguno puede ser un obstáculo para la aplicación de todos estos estándares. Frente a ello, la declaratoria de refugiados *prima facie* es el vehículo adecuado para lograr el respeto de esos estándares, sin perjuicio de la aplicación estricta del estatuto del refugiado a partir de un análisis caso por caso.

4. *Estados fallidos, emergencias complejas y la crisis de refugiados y migrantes. La visión holística de la Declaración de Nueva York desde la responsabilidad para proteger*

Como vimos, los grandes movimientos de refugiados suelen basarse en **emergencias complejas** relacionadas con el **colapso de la capacidad estatal**⁴⁶, que coloca en riesgo la satisfacción de necesidades esenciales por fallas en la capacidad del estado y de la sociedad civil. Aun cuando no hay una específica definición de necesidades esenciales, suele comprenderse por tales el conjunto de necesidades indispensables para asegurar la vida, la salud y la existencia digna, relacionadas con alimentación, medicinas, servicios médicos y acceso a agua potable, entre otras⁴⁷.

Este concepto surge como una evolución de las crisis ocasionadas por desastres naturales, e incluso, de las crisis causadas por guerras. Especialmente luego del fin de la Guerra Fría, quedó en evidencia cómo **el colapso de la capacidad estatal para satisfacer necesidades esenciales** puede colocar en riesgo los derechos a la vida, a la salud y a la dignidad personal. Ese colapso se vincula con el llamado **Estado fallido**, también denominado **Estado frágil**, esto es, el Estado que debido a crisis civiles, políticas, sociales o económicas, ha perdido su capacidad para implementar efectivamente los cometidos públicos, todo lo cual coloca en riesgo la satisfacción de necesidades esenciales⁴⁸.

⁴⁶ *Vid.*: Wisner, B., y Adams, J., Environmental health in emergencies and disasters. A practical guide, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2002, pp. 4 y ss. Véase igualmente a Inter-Agency Standing Committee, Working Group XVIth meeting, “Definition of complex emergencies”, 2004.

⁴⁷ Väyrynen, Raimo, “Complex Humanitarian Emergencies: Concepts and Issues”, en War, Hunger, and Displacement: Volume 1, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 44 y ss.

⁴⁸ Woodward, Susan, *The Ideology of failed States*, Cambridge University Press, Nueva York, 2017, pp. 12 y ss., y 34 y ss.

Uno de los signos distintivos del colapso de la capacidad estatal son las *migraciones masivas*, precisamente, pues ante el riesgo derivado de la insatisfacción de las necesidades esenciales, la población opta por migrar a otro país. En sintonía con la *Declaración de Cartagena*, puede señalarse que las causas de la emergencia compleja suponen una “grave perturbación al orden público” que, como tal, permiten calificar como refugiados a quienes de manera masiva huyen de tal emergencia y del colapso de la capacidad estatal⁴⁹.

La relación entre los grandes movimientos de refugiados, la emergencia compleja y el Estado fallido es relevante, entre otros aspectos, por cuanto la emergencia compleja y el colapso de la capacidad estatal son indicios que permitirían facilitar la aplicación del concepto ampliado de refugiado. Con lo cual, lo importante de lo anterior es que, ante grandes movimientos de migrantes, es necesario promover mecanismos de *cooperación internacional*, pues esos movimientos –por sus características- desbordan la capacidad individual de los Estados receptores, en especial, si estos Estados atraviesan por emergencias complejas que debilitan su capacidad. En tal sentido, la *Declaración de Nueva York* alude a la “gobernanza global de migración” (párrafo 49), precisamente para describir cómo las políticas públicas de la migración, como fenómeno global, deben ser abordadas desde la cooperación internacional, especialmente en caso de crisis.

De esa manera, la Declaración de Nueva York, al igual que el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular y el Pacto Global sobre los Refugiados, ofrecen el marco jurídico para la **atención coordinada y holística de los migrantes y refugiados**, promoviendo así la **gobernanza global de la movilidad de personas**. Por ello, la Declaración diseña un conjunto de acciones que no solo pasan por la atención de los refugiados y migrantes, sino además, por la atención de la **causa-raíz del movimiento de personas** (párrafos 43 y 75). Esto último es una novedad pues el Derecho Internacional de los refugiados suele centrarse en la atención al refugiado pero no en la atención de la causa de la migración forzosa. Sin embargo, la Declaración reconoce que la solución adecuada a la migración y en especial a los refugiados, es comprender, atender y solucionar la causa de esos flujos, relacionada con la crisis humanitaria en el Estado de la residencia que impulsa a las personas a salir en búsqueda de mejores condiciones.

Así, de conformidad con el párrafo 8 del *Pacto Global sobre los Refugiados*, las políticas públicas orientadas a atender crisis de refugiados exigen también atender la causa última de esa crisis. Precisamente, esto permite enlazar el régimen de los refugiados con el **principio de responsabilidad para proteger**, de acuerdo con el cual los Estados están emplazados a actuar a los fines de prevenir y actuar en casos de graves violaciones a derechos humanos, precisamente, como sucede con la emergencia compleja que puede derivar en migraciones masivas forzosas⁵⁰.

⁴⁹ Macías, Lea, *Research Brief. Complex Emergencies, Climate Change and African Political Stability*, Universidad de Texas, 2013. Véase igualmente a Howard, Tiffany, *The tragedy of failure*, Praeger, Santa Bárbara, 2010, p. 21.

⁵⁰ La responsabilidad para proteger resume los deberes colectivos de los Estados para intervenir y prevenir graves violaciones a derechos humanos, en situaciones que usualmente desencadenan crisis masivas de migrantes. Véase en general a Glanville, Luke, *Sovereignty and the Responsibility to Protect*, University of Chicago Press, Chicago, 2013, pp. 172 y ss. Véase también a Barnes, Richard y Tzevelekos, Vassilis, “Beyond responsibility to protect”, en *Beyond responsibility to protect*, Intersentia, Cambridge, 2016, en especial, pp. 7 y ss.

Ello evidencia que el marco jurídico para la atención de crisis migratorias en el contexto de emergencias complejas no es solo el Derecho Internacional de los refugiados y de los derechos humanos, sino también el Derecho Humanitario⁵¹.

La declaratoria *prima facie* de refugiados es importante, pues ella permite encuadrar las crisis de migrantes y refugiados causadas por Estados frágiles, desde la perspectiva holística de la *Declaración de Nueva York* en el marco del principio de responsabilidad para proteger. La intervención internacional humanitaria no puede limitarse solo a garantizar los estándares de protección de los desplazados, pues si el colapso estatal no es atendido, los desplazamientos continuarán y, eventualmente, la capacidad de los Estados receptores se verá saturada. Por ello, la calificación *prima facie* de los desplazados forzosos por colapsos estatales que generan emergencias humanitarias complejas, facilita la aplicación del marco institucional del Derecho Internacional Humanitario, que facilita la coordinación internacional desde la responsabilidad para proteger.

II. LA CALIFICACIÓN DE LA MIGRACIÓN DESDE VENEZUELA COMO UNA CRISIS MASIVA DE MIGRANTES Y REFUGIADOS

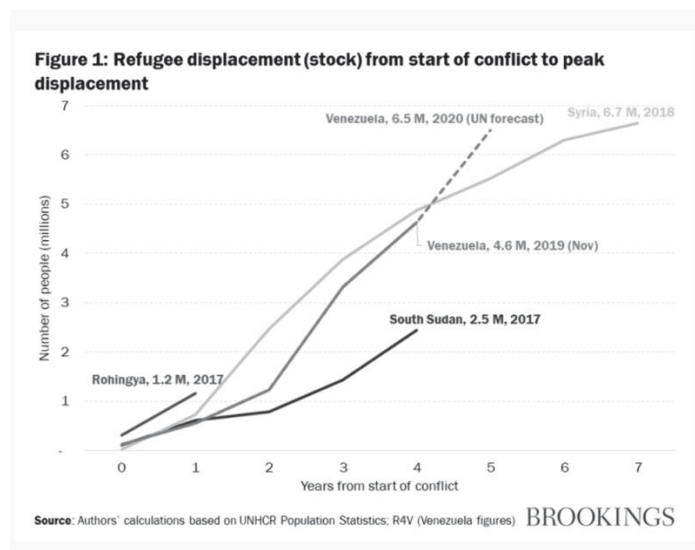
De manera progresiva, pero con especial intensidad desde 2015, Venezuela ha experimentado un flujo importante emigrantes. Las propias condiciones de tal migración dificultan precisar los datos de venezolanos que han abandonado el país. ACNUR ha estimado que para el 5 de noviembre de 2020, la suma de migrantes, refugiados y solicitantes de asilo venezolanos reportados por los gobiernos anfitriones asciende a 5.448.441, de los cuales, aproximadamente 4.6 millones serían refugiados y migrantes⁵². La Organización Internacional para los Migrantes (OIM) ha observado que esta migración –calificada, en general, como migrantes y refugiados– es causada por conflictos políticos, inestabilidad socioeconómica y la creciente crisis humanitaria⁵³. Como en 2019 resumieron Dany Bahar y Meagan Dooley, la crisis venezolana puede convertirse en la más grande del mundo. Los autores resumen este diagnóstico con el siguiente gráfico⁵⁴:

⁵¹ Aun cuando el Derecho Internacional Humanitario surge como mecanismo para atención de las víctimas de conflictos armados, se ha ido ampliando a las víctimas de otros conflictos graves, incluyendo aquellos relacionados colapsos económicos en el medio de graves crisis internas. *Vid.*: Mading Deng, Francis, “State Collapse: The humanitarian challenge to the United Nations”, en *Collapsed States. The disintegration and restoration of legitimate authority*, Lynne Rienner Publishers, Londres, 1995, pp. 207 y ss.

⁵² Véase la página de ACNUR con cifras de Venezuela, en <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>. Las cifras oficiales se toman de: <https://r4v.info/es/situations/platform>

⁵³ *Vid.*: <https://www.iom.int/venezuela-refugee-and-migrant-crisis>

⁵⁴ “La crisis de refugiados en Venezuela pronto será la más grande y con menos fondos en la historia moderna”, Brookings, 9 de diciembre de 2019, tomado de: <https://www.brookings.edu/blog/up-front/2019/12/09/la-crisis-de-refugiados-en-venezuela-pronto-sera-la-mas-grande-y-con-menos-fondos-en-la-historia-moderna/>



Cuadro N° 1: Proyección de la crisis de refugiados y migrantes en Venezuela, en comparación con crisis similares (2019)

Fuente: Bahar y Dooley

El *Informe del Grupo de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región*, de junio de 2019, resumió de la siguiente manera la crisis venezolana⁵⁵:

“(…) la crisis de refugiados en Siria que inició en el año 2011 habría resultado en 6.3 millones de desplazados fuera de su país de origen para 2017. La guerra en Afganistán que comenzó en 1978 alcanzó a generar, de igual manera, aproximadamente 6.3 millones de migrantes y refugiados once años después que llegaron a otros países. En el caso venezolano, desde el año 2015 –en tan solo 4 años– los migrantes y refugiados alcanzan los 4 millones. Es importante notar que la velocidad en el crecimiento del número total de migrantes y refugiados venezolanos es tan alta como la crisis siria en sus primeros años”.

En el *Informe de situación noviembre de 2020*, presentado por el Grupo de Trabajo, se estima el número de migrantes y refugiados en 5.4 millones, aun cuando se señala que, por efecto de la pandemia de la COVID-19, aproximadamente 130 mil venezolanos habrían retornado a Venezuela⁵⁶.

Tomando en cuenta estos datos, y las consideraciones formuladas en la sección anterior, cabe determinar si este flujo migratorio (*i*) puede ser calificado como un caso de migración forzada y masiva, y de ser el caso, (*ii*) si es posible además calificar a los emigrantes como refugiados.

⁵⁵ Informe del Grupo de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región, OEA, 2019, p. 18.

⁵⁶ Sobre este tema, de la Oficina de la Secretaría General para la Crisis de Migrantes y Refugiados Venezolanos, véase Situación de los venezolanos que han retornado y buscan regresar a su país en el contexto del COVID-19, OEA, septiembre de 2020, tomado de: http://www.oas.org/documents/spa/press/OEA_Retornados-Venezolanos_ESP.pdf

1. *La existencia de una crisis migratoria*

Las cifras de la emigración venezolana permiten calificar a ésta como masiva. De acuerdo con la *Plataforma de Coordinación de Agencias regionales para los refugiados y migrantes de Venezuela*, el flujo de personas desde Venezuela es el mayor éxodo de América Latina⁵⁷. Como vimos, el Grupo de Trabajo de la OEA ha comparado la crisis de Venezuela con crisis masivas, como Siria, con un estimado -a la fecha- de cerca de 5.4 millones de migrantes, que responden al incremento del flujo de personas desde 2015. Incluso, la ACNUR ha dictado lineamientos para atender el flujo de emigrantes desde Venezuela de acuerdo con el Derecho Internacional y el Derecho Humanitario⁵⁸, decisión que ha promovido acciones específicas en los países de la región⁵⁹. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en igual sentido⁶⁰. Además, el Secretario de la ONU designó a Eduardo Stein como representante especial para los refugiados y migrantes venezolanos en la región⁶¹.

Con lo cual, el carácter “masivo” de la migración Venezuela, depende del elemento cuantitativo en cuanto al ritmo de crecimiento de la migración venezolana desde 2015, y las expectativas del avance de ese ritmo en el futuro -más allá de la coyuntura derivada de la pandemia. La OEA ha dictado diversas decisiones que corroboran esta conclusión. Así, la Resolución N° 1123 (2215/19) del Consejo Permanente, de 27 de marzo de 2019, sobre la “Ayuda humanitaria en Venezuela”, señaló que:

“(…) la crisis política, económica, social y humanitaria en Venezuela ha contribuido al deterioro de la calidad de vida de sus habitantes y ha generado flujos migratorios sin precedentes con implicaciones regionales, debido a la incapacidad institucional para satisfacer necesidades básicas, como la prestación de servicios público y sanitarios, así como el suministro de alimentos y medicinas”.

Nótese cómo se conectan los “flujos migratorios sin precedentes” con la “incapacidad institucional”, o sea, con el colapso de la capacidad del Estado venezolano. Poco después, la Asamblea General de la OEA, en Resolución AG/RES. 2944 de 28 de junio de 2019, sobre “La situación de Venezuela y la crisis de migrantes venezolanos”, reiteró que:

“(…) la situación en Venezuela constituye una emergencia humanitaria, como lo establece la resolución CP/RES. 1123 (2215/19) del 27 de marzo de 2019, y que la crisis de los migrantes y refugiados constituye uno de los mayores éxodos de la historia reciente de América Latina y que su tratamiento requiere solidaridad y cooperación tanto en el ámbito regional como internacional”.

⁵⁷ Regional inter-agency coordination platform for refugees and migrants from Venezuela, Reporte de Septiembre 2018. La plataforma fue creada como iniciativa del Secretario de la ONU, en conjunto con ACNUR y la OIM.

⁵⁸ ACNUR, Guidance note on the outflow of Venezuelans, marzo de 2018. Entre otros, invoca la Declaración de Cartagena.

⁵⁹ Por ejemplo, en Colombia, *vid.* Plan de respuesta a flujos migratorios mixtos desde Venezuela, abril de 2018.

⁶⁰ En la Resolución 2/18, se alude a la “crisis de migración forzada”. Para mayor detalle, véase el informe de la Comisión Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela. Informe País, 2017, pp. 248 y ss.

⁶¹ El anuncio se realizó en septiembre de 2018. *Vid.*: <https://www.unhcr.org/news/press/2018/9/5ba262454/joint-statement-unhcr-iom-appointment-mr-eduardo-stein-joint-special-representative.html> (Consulta: 12-6-18).

La relación entre la emergencia humanitaria y el flujo migratorio llevó a la OEA a calificar tal flujo como “crisis de los migrantes y refugiados”. Aun cuando la expresión “masiva” no es empleada, ella es implícita en la calificación de ese flujo como uno de los “*mayores éxodos de la historia reciente de América Latina*”.

Por lo tanto, y en conclusión, de acuerdo con los principios de Derecho Internacional estudiados en la sección anterior, y la evidencia examinada, ***es posible calificar al flujo migratorio venezolano como una “crisis migratoria”, debido a su carácter masivo e impacto regional.***

2. *La calificación de la crisis migratoria venezolana como un caso de desplazamientos forzados y la declaratoria prima facie de refugiados*

Además de lo anterior, es preciso considerar si la crisis migratoria responde a desplazamientos forzados, todo lo cual permitiría considerar la aplicación de la calificación de refugiados *prima facie*.

Como explicamos en la sección anterior, el Derecho Internacional ha evolucionado para ampliar el concepto de refugiado con mecanismos complementarios, como de manera especial se desprende de la *Declaración de Cartagena*. Con base en esta ampliación, y tomando en cuenta la *Declaración de Nueva York*, es preciso considerar cuál es la causa principal que ha impulsado la crisis migratoria en Venezuela.

Tal y como la OEA lo ha concluido, tal causa es la emergencia humanitaria compleja. Así, la situación de Venezuela coincide con las características de las emergencias humanitarias complejas ocasionadas por Estados fallidos. Cabe recordar que la capacidad estatal ha venido colapsando en Venezuela, como puede desprenderse, entre otros, del índice de Estados frágiles del *Fund For Peace*. En el índice 2020, Venezuela aparece en el número 28 de los Estados más frágiles, lo que implica una caída de 61 puestos desde que Maduro llegó al poder, en 2013⁶², tal y como se refleja en el siguiente cuadro:

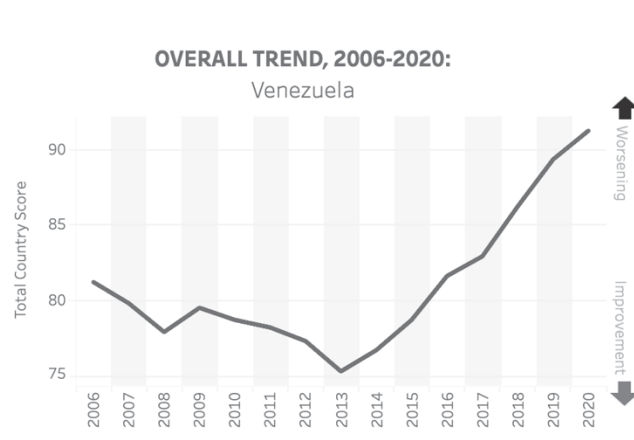


Gráfico N° XX. Colapso de la capacidad estatal de Venezuela 2006-2020

Fuente: Fund for Peace

⁶² Fragile state index. Annual report 2020, Fund for Peace, Washington D.C., 2020, p. 7.

La dimensión de esa emergencia puede medirse por el colapso económico. Como se ha resumido recientemente desde el Banco Interamericano de Desarrollo⁶³:

“El colapso en que se encuentra la economía venezolana no tiene precedentes. Desde su pico en diciembre de 2013 y hasta el primer trimestre de 2020, el tamaño de la economía se ha reducido un 86%1 (...) esta es la mayor crisis registrada en la región latinoamericana (...) y una de las mayores del mundo en países fuera de zonas de conflicto armado (Saboin, 2020a). Esta caída se debe tanto a un desplome de la producción petrolera como a una profundización del deterioro de la actividad no petrolera en el país. El producto interno bruto (PIB) no petrolero se encuentra ya un 17% por debajo de sus niveles de 1998 y el petrolero, un 53% por debajo de lo observado 20 años atrás”

Los datos de la encuesta ENCOVI 2019 son reveladores: el 79,3% de los venezolanos no tienen como cubrir la canasta de alimentos, mientras que la línea de pobreza permite estimar que el 96% de los hogares están en situación de pobreza y 79% en pobreza extrema⁶⁴. La Organización de las Naciones Unidas de la Alimentación y la Agricultura, a fines de 2020, ha estimado que cerca de 9.3 millones de venezolanos enfrenta inseguridad alimentaria aguda⁶⁵.

En relación con este último dato, es importante recordar que el Panel de Expertos Internacionales designados por la Organización de Estados Americanos concluyó que la crisis económica y social es imputable a las políticas clientelares y predatorias⁶⁶:

“La crisis humanitaria no es producto de la casualidad, ni el resultado de una guerra económica iniciada por un enemigo interno compuesto por grupos fragmentados de oposición y civiles hambrientos. La única entidad con la capacidad de afectar la economía de esta forma necesita control de las instituciones de gobierno en el territorio nacional. De esta única forma, las políticas económicas y alimentarias pueden implementarse. Nicolás Maduro y su régimen son los únicos actores con control de estas instituciones, lo que les otorga el monopolio de la política económica, política y social del país. La única guerra económica que se ha declarado es la del Régimen a su propia gente, al sostener intencionalmente una crisis humanitaria caracterizada por el hambre y la enfermedad que no ha sido y no es, inevitable”

Además, tal y como el señalado Panel de Expertos afirmó, el régimen de Maduro ha utilizado la emergencia compleja para implementar políticas de control social y persecución política⁶⁷:

“Asimismo, los testigos dieron testimonio de actos de persecución generalizados y persistentes, con anuencia del Estado, como el utilizar la escasez de alimentos y medicinas como arma política, restringiendo su distribución solo a aquellos grupos que respaldan al Gobierno, pe-

⁶³ Abuelafía, Emmanuel y Saboin, José Luis, *Una mirada a futuro para Venezuela*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2020, p. 1. Entre otros, *vid.* Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, “¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?”, en *Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Caracas, 2017, pp. 91 y ss.

⁶⁴ Encuesta Nacional de Condiciones de Vida, noviembre de 2018-marzo de 2020, tomado de: <https://www.proyectoencovi.com/encovi-2019> (Consulta 12-7-18).

⁶⁵ Venezuela (Bolivarian Republic of). Revised humanitarian response (May–December 2020), tomado de: <http://www.fao.org/documents/card/es/c/CB0195EN> [Consulta 12-7-18].

⁶⁶ *Cfr.*: Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela, 2018, pp. 202 y ss.

⁶⁷ *Cfr.*: Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela, *cit.*, p. 26.

nalizando a las personas y grupos que apoyan a la oposición. El Régimen fue acusado también de agravar la situación, ya que niega la existencia de una crisis humanitaria y rehúsa aceptar toda forma de asistencia”

Con lo cual, es posible concluir que *la crisis migratoria es una consecuencia de la emergencia humanitaria compleja*. De hecho, como se explicó en la sección anterior, la literatura de Estados fallidos y emergencia humanitaria compleja demuestra cómo uno de los signos de esas crisis es, precisamente, flujos masivos de personas, que tratan de escapar de la emergencia en procura de mejores condiciones de vida.

Pero es también posible considerar la influencia de *las sistemáticas violaciones de derechos humanos cometidas en Venezuela*, en especial, desde 2014. Entre otros documentos, cabe mencionar el informe de septiembre de 2020, presentado por la *Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos de las Naciones Unidas sobre la República Bolivariana de Venezuela*. En el párrafo 151 del Informe, se concluye lo siguiente:⁶⁸

“La Misión tiene motivos razonables para creer que los actos y conductas descritos en este informe constituyen asesinatos arbitrarios, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes -incluyendo violencia sexual y de género-, desapariciones forzadas (a menudo de corta duración) y detenciones arbitrarias, en violación de la legislación nacional y las obligaciones internacionales de Venezuela”.

Asimismo, la Secretaría General de la OEA, el 2 de diciembre de 2020, presentó el Informe Fomentando la impunidad: El impacto de la ausencia de una investigación de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela⁶⁹, en el cual se concluye lo siguiente:

“Las pruebas demuestran que los crímenes de lesa humanidad ocurridos en Venezuela fueron ordenados por altos dirigentes del Régimen que tenían la intención de que se cometieran los crímenes (o que, como mínimo, eran conscientes de que existía una probabilidad sustancial de que se habrían de cometer esos crímenes). Como explica el Informe de la OEA de 2018, los crímenes de lesa humanidad formaban parte de una política de Estado represiva formulada por Maduro y los altos dirigentes del Gobierno”

Por ello, como ha concluido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución N° 2/18, de 2 de marzo, sobre *migración forzada de personas venezolanas*⁷⁰:

“(…) las violaciones masivas a los derechos humanos, así como la grave crisis alimentaria y sanitaria que viene enfrentando Venezuela como consecuencia de la escasez de alimentos y medicamentos, también, ha conllevado al crecimiento exponencial de cientos de miles de personas venezolanas que se han visto forzadas a migrar hacia a otros países de la región en los últimos años, como una estrategia de supervivencia que les permita a ellas y sus familias preservar derechos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la salud y la alimentación, entre otros”

⁶⁸ Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, Informe de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, 15 de septiembre de 2020, tomado de: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_33_UnofficialSpanishVersion.pdf (Consulta 12-7-18).

⁶⁹ Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Fomentando la impunidad: El impacto de la ausencia de una investigación de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela, 2 de diciembre de 2020, p. 145, tomado de <http://www.oas.org/documents/spa/press/Crimes-Against-Humanity-II-in-Venezuela-SPA.pdf> (Consulta 12-7-18).

⁷⁰ Tomado de: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>

Puede entonces concluirse que existen *sólidos indicios que demuestran que la migración en Venezuela responde a desplazamientos forzados causados por la emergencia humanitaria compleja, incluyendo las situaciones derivadas de graves y sistemáticas violaciones a derechos humanos*⁷¹, en especial, tomando en cuenta los principios de la *Declaración de Cartagena* y la *Declaración de Nueva York*⁷². Es decir, que la causa de la crisis masiva de migrantes en Venezuela son *graves perturbaciones del orden público*, más allá de la posibilidad de determinar, caso por caso, la aplicación de los criterios de persecución derivados de la *Convención de Cartagena*.

Esto último es fundamental pues, como explicamos en la sección anterior, el carácter *masivo* del flujo de migrantes, aunado al carácter *forzoso* de ese desplazamiento, permite aplicar el concepto ampliado de refugiado, en especial, para la especial protección de los derechos humanos en el marco de la crisis migratoria. Para ello, la calificación *prima facie* debe ser aplicada por los Estados receptores de ese flujo a los fines de asegurar los estándares mínimos de protección propios del Derecho Internacional y, en especial, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así lo recomendó la Comisión Interamericana en la citada Resolución N° 2/18, en la cual recomendó:

“Garantizar el reconocimiento de la condición de refugiado a las personas venezolanas con temor fundado de persecución en caso de retorno a Venezuela, o que consideran que su vida, integridad o libertad personal estarían amenazadas debido a la situación de violencia, violaciones masivas de derechos humanos y perturbaciones graves del orden público, en los términos de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Este reconocimiento debe darse a través de procedimientos justos y eficientes que garanticen el derecho de los solicitantes de asilo a recibir asistencia para satisfacer necesidades básicas o permitirles trabajar para su auto sostenimiento durante el estudio de su solicitud”.

De igual manera, en el citado Informe del Grupo de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región, de junio de 2019⁷³, se recomendó que “los Estados miembros de la OEA apliquen “*prima facie*” el estado de refugiado, por lo que cada miembro del grupo se considera un refugiado sin una determinación individual. Este enfoque sería coherente con la práctica global actual en entornos donde prevalecen grandes movimientos, la necesidad de protección es indiscutible y falta capacidad para realizar determinaciones individuales”.

El carácter masivo de esta crisis impide, en el corto plazo, la calificación jurídica, caso por caso, del carácter de refugiado, de acuerdo con el Derecho Internacional y el Derecho doméstico del Estado receptor. Pero como explicamos en la sección anterior, desde el Derecho Internacional Humanitario el interés inmediato no reside en esa calificación, sino en la garantía de los derechos humanos en el contexto de la crisis humanitaria. De allí la relevancia de la calificación *prima facie*, que deja a salvo la valoración individual de cada caso y el reconocimiento de otros derechos, incluyendo el asilo.

⁷¹ Bahar, Danny y Smolansky, David, “Refugee status and aid would unleash the potential of Venezuelan migrant”, The Washington Post, 25 de septiembre de 2018 https://www.washingtonpost.com/news/global-opinions/wp/2018/09/25/refugee-status-and-aid-would-unleash-the-potential-of-venezuelan-migrants/?utm_term=.4844294e9c51 (Consulta 12-7-18).

⁷² *Vid.*: Camilleri, Michael J. y Osler Hampson, Fen, No Strangers at The Gate. Collective Responsibility and a Region’s Response to the Venezuelan Refugee and Migration Crisis, The Inter-American Dialogue, Washington D.C., 2018.

⁷³ Informe del Grupo de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región, OEA, 2019, p. 18.

De esa manera, la calificación genérica de la situación venezolana como “crisis de refugiados y de migrantes”, tal y como ha hecho la OEA en la Orden Ejecutiva N° 18-03 de la Secretaría General de 7 de septiembre de 2018⁷⁴, permite acotar debidamente el alcance de las normas de Derecho Internacional aplicables. La sola existencia de una crisis de migrantes impulsados por la emergencia humanitaria compleja justifica la adopción de estándares de Derecho Humanitario basados en la cooperación internacional y la responsabilidad para proteger, a partir de la declaratoria de refugiados *prima facie* de quienes son desplazados, únicamente a los fines de la mejor aplicación del marco jurídico derivado del Derecho Internacional Humanitario, como se explica de seguidas.

3. *Los instrumentos de Derecho Internacional aplicables a la crisis venezolana y su incidencia sobre los Derechos domésticos*

La crisis venezolana debe ser abordada desde el Derecho Internacional, pues esa crisis demanda de actuaciones que exceden de las capacidades de los Estados receptores, especialmente los Estados fronterizos con Venezuela, como es el caso de Colombia y Brasil. Tal cooperación internacional, como se explicó, debe enmarcarse en los estándares del Derecho Humanitario, recientemente resumidos en la *Declaración de Nueva York*.

La OEA, en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es el foro adecuado para abordar la crisis venezolana desde el Derecho Internacional. En efecto, la crisis venezolana entra dentro del ámbito de aplicación de la Carta de la OEA, específicamente en cuanto respecta a la promoción de la seguridad, la paz y el desarrollo (artículo 2, literales a, f y g; artículo 3, literal d y artículos 30 y 31).

Asimismo, la promoción de los derechos humanos en el marco del sistema interamericano justifica la coordinación de políticas públicas en materia de migrantes y refugiados. Además, los artículos 7, 9 y 11 de la Carta Democrática Interamericana promueven acciones coordinadas para promover los derechos humanos y el desarrollo, especialmente en beneficio de los migrantes. Todo ello fue reconocido en la citada Orden Ejecutiva N° 18-03 de la Secretaría General de la OEA.

A estos fines, en el marco de la OEA es posible proponer lineamientos comunes que promuevan la cooperación internacional necesaria para atender la crisis venezolana, tomando en cuenta la visión holística de la *Declaración de Nueva York* y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, incluyendo la *Declaración de Cartagena*. Estos lineamientos podrían permitir un *tratamiento mínimo uniforme* de los venezolanos que huyen del país, al tiempo que promueve *mecanismos eficientes de financiamiento*, en el contexto de las acciones orientadas a *solucionar la crisis venezolana*.

.- En *primer* lugar, las acciones coordinadas deben girar en torno a la declaración *prima facie* de refugiado. Es preciso insistir que esta es una declaración preliminar, limitada solo a afianzar la aplicación de principios propios del Derecho Internacional Humanitario, y que deja a salvo la aplicación del concepto estricto de refugiado. Tal declaratoria *prima facie*, por ende, es útil en tanto permita coordinar acciones en la región en torno a estos estándares mínimos. En especial, destaca (i) la admisión de los migrantes; (ii) la garantía del derecho a la no-devolución y (iii) el cumplimiento de estándares a garantizar condiciones esenciales sistematizados por la Comisión Interamericana en el Informe *Dere-*

⁷⁴ Tal orden regula la creación de un Grupo de Trabajo para atender la crisis venezolana. Así, de acuerdo con la orden, “el Grupo de Trabajo tendrá como uno de sus propósitos producir un informe que evalúe la escala completa de la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región e iniciar la ejecución de acciones de movilización de recursos para atender esta crisis”.

chos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de 2015⁷⁵.

La declaratoria *prima facie* facilita la cohesión del marco jurídico y la coordinación de políticas públicas para su eficiente implementación, algo que se logrará si cada Estado actúa independientemente. Así, la falta de coordinación afecta la eficiencia en la implementación de políticas públicas humanitarias, y crea complicaciones adicionales para los Estados de recepción y áreas de riesgos para los derechos humanos. Como concluyó ACNUR en el informe de 2019 sobre *Tendencias Globales. Desplazamientos Forzados, “de acuerdo con los informes recibidos por ACNUR y sus asociados, así como con información fiable de dominio público de una amplia gama de fuentes acerca de la situación en Venezuela, se requieren acuerdos sensibles a la protección, en particular en contra de los retornos forzosos y por el acceso a los servicios básicos”*⁷⁶.

Bajo esta perspectiva estricta, la coordinación de políticas regularización de los migrantes venezolanos, en términos de permisos de residencia y trabajo, podría incluso generar efectos económicos favorables, como se ha sugerido desde la experiencia de Colombia⁷⁷.

.- En *segundo* lugar, la declaratoria *prima facie* puede afianzar la responsabilidad colectiva de los Estados de atender la crisis migratoria venezolana, en especial, en el contexto de la responsabilidad para proteger, a los fines de proveer el financiamiento internacional necesario para que los Estados receptores pueden implementar efectivamente estos estándares. La naturaleza humanitaria de esta crisis está asociada a la intervención internacional humanitaria a los fines de proveer el financiamiento y en general, las capacidades necesarias para cumplir con las tareas que exigen el cumplimiento de estos estándares. Pero como Dany Bahar y Meagan Dooley han observado⁷⁸, el financiamiento internacional no ha sido consistente con la dimensión de la crisis migratoria. De acuerdo con los autores, las iniciativas de ACNUR y el OIM para atender la crisis venezolana han estimado recaudar cerca de 2 millones de dólares entre 2019 y 2020. Dejando a un lado las dificultades para cumplir esa meta, este tope máximo contrasta, por ejemplo, con los 1.2 millones de dólares recaudados para atender la crisis de Rohinyá.

⁷⁵ Tomado de: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf> (Consulta: 13-12-20).

⁷⁶ Tendencias Globales. Desplazamientos Forzados, p. 10, tomado de: <https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf> (Consulta: 13-12-20).

⁷⁷ Entre 2015 y 2019 “aproximadamente 1,8 millones de venezolanos emigraron a Colombia, cuya población consiguientemente creció más de 2 puntos”. En 2018 el Gobierno Colombiano registró cerca de 442 mil venezolanos “quienes posteriormente quedaron habilitados a recibir un permiso migratorio temporario formal llamado Permiso Especial de Permanencia (PEP). Esto otorgó a los inmigrantes venezolanos indocumentados el derecho a trabajar legalmente y acceder a los servicios básicos”. La absorción de esta migración dentro de la fuerza laboral no produjo “ningún efecto significativo ni de magnitud en los salarios”, todo lo cual sugiere “que los países deberían ver con mejores ojos las políticas de este tipo, que regularizan la situación de los inmigrantes durante los episodios de migración o desplazamientos forzados”. *Cfr.*: Blyde, Juan et al., El impacto de la migración en América Latina y el Caribe. Un análisis de la evidencia reciente, Unidad de Migración. Documento para la Discusión N° IDB-DP-00830, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., Octubre de 2020, p. 13. El reporte se basa en Bahar, Dany, et al., Give Me Your Tired and Your Poor: Impact of a Large-Scale Amnesty Program for Undocumented Refugees, CESifo Working Papers, septiembre de 2020.

⁷⁸ “La crisis de refugiados en Venezuela pronto será la más grande y con menos fondos en la historia moderna”, *cit.*

.- Por último, y en *tercer* lugar, la declaratoria *prima facie* realza que la acción de la comunidad internacional debe extenderse también a la causa de la crisis migratoria, que es la emergencia humanitaria compleja ocasionada por el colapso político venezolano. Si esa causa no se atiende, la crisis migratoria en Venezuela no podrá ser solventada, lo que en algún momento podría agotar la capacidad de los Estados receptores y de la comunidad internacional para atender a los migrantes. Por ello, la crisis masiva de migrantes y refugiados en Venezuela es, en realidad, parte de la transición compleja en Venezuela, que tiene tres aristas: (i) la transición democrática, del autoritarismo populista no-competitivo a la democracia constitucional; (ii) la transición económica, de la economía centralizada y anárquica a la economía de mercado, y (iii) la transición del Estado, del Estado fallido y criminal al Estado funcional⁷⁹.

Así se ha reconocido en el marco del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR). En efecto, la emergencia humanitaria compleja y el colapso del Estado venezolano son hechos que pueden “*poner en peligro la paz de América*”, de acuerdo con los artículos 3, 4 y 8 del TIAR. Tomando en cuenta ello, el 11 de septiembre de 2019 los Estados Parte del TIAR en el Consejo Permanente de la OEA, aprobaron una resolución para constituir el Órgano de Consulta del Tratado y convocar a la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores⁸⁰. La base de todas estas decisiones, como resumió el Consejo Permanente en Resolución de 11 de septiembre, fue considerar que “*de conformidad con el artículo 6 del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), la crisis en Venezuela tiene un impacto desestabilizador, representando una clara amenaza a la paz y a la seguridad en el Hemisferio*”.

De esa manera, la declaratoria *prima facie* de refugiados refuerza la aplicación del ordenamiento jurídico internacional diseñado para atender, comprensivamente, la crisis de migrantes y refugiados venezolanos, en el marco de los principios de Derecho Internacional Humanitario que rigen a emergencias humanitarias complejas causadas por el colapso de la autoridad central del Estado. Una crisis como la de Venezuela no puede atenderse solo desde iniciativas individuales de Estados receptores, pues su capacidad es también limitada, incrementándose la probabilidad de fallas de coordinación que eleven el riesgo de violación de derechos humanos de los desplazados venezolanos.

Algunos ejemplos prácticos permiten comprender la relevancia de esa coordinación. Brasil, por ejemplo, aplicó la Declaración de Cartagena para reconocer la condición de refugiados de la migración venezolana⁸¹. En contra, Trinidad y Tobago ha deportado a migrantes venezolanos, al parecer, previo acuerdo con el régimen de Maduro⁸². Ante tal situación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Resolución N° 1.100-20, de 9 de diciembre de 2020, otorgó medida cautelar a “*seis niños, niñas y adolescentes migrantes respecto de Trinidad y Tobago*”. Un elemento determinante empleado por la Comisión fue el principio de no-devolución:

⁷⁹ Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caravas, 2020, pp. 43 y ss.

⁸⁰ *Vid.*: https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-065/19 [Consulta: 13-12-20].

⁸¹ Cintra de Oliveira Tavares, Natalia y Pureza Cabral, Vinicus, “The application of the Cartagena Declaration on Refugees to Venezuelans in Brazil: An analysis of the decision-making process by the National Committee for Refugees”, en *Latin American Law Review*, N° 5, 2020, pp. 121 y ss. (doi: <https://doi.org/10.29263/lar05.2020.06>).

⁸² Véase el citado Informe de situación de noviembre de 2020, preparado por Oficina de la Secretaría General de la OEA para la Crisis de Migrantes y Refugiados Venezolanos.

“En particular, en lo que respecta a la aplicación del principio de no devolución en relación con los niños, “[...] el Comité de los Derechos del Niño ha llegado a la conclusión de que la obligación de no devolución no se limita al peligro real que puede existir para el niño de que se produzcan daños irreparables a sus derechos, contemplados en los artículos 6 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que se aplica también a otras violaciones graves de los derechos garantizados por este instrumento, como “la insuficiencia de alimentos o de servicios de salud”, [...]. La Corte [Interamericana] está de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño en que “[e]l retorno al país de origen solo se organizará en principio si dicho retorno es en el interés superior del niño”, de modo que se prohíbe “si ello conduce a un ‘riesgo razonable’ de que dicho retorno resulte en la violación de los derechos humanos fundamentales del niño, y en particular, si se aplica el principio de no devolución”

La falta de coordinación eleva los costos de atención de la crisis, así como los riesgos de violación de derechos humanos, como lo demuestra la tragedia de Güiría, de diciembre de 2020. En tanto las crisis Venezuela es transnacional -pues afecta a toda la región- su tratamiento también debe ser transnacional, a través de acuerdos multilaterales promovidos desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Para ello, la *doctrina Almagro* es un punto de apoyo importante⁸³. Así, de acuerdo con la interpretación propuesta por el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, el principio de no-injerencia -reconocido en la Carta de la OEA- no puede aplicarse para obstruir la responsabilidad colectiva de los Estados parte de la Organización de prevenir y atender situaciones de graves violaciones de derechos humanos, como sucede en Venezuela. No se trata solo de un deber de actuación inspirado en el Derecho Internacional Humanitario, sino también, de un planteamiento con gran relevancia práctica: solo la atención coordinada y comprensiva de la crisis venezolana podrá detener los desplazamientos forzosos, que de lo contrario, continuarán, agravando -más todavía- la capacidad de los Estados receptores de atender ese flujo.

Estos lineamientos para una acción coordinada pueden ser adoptados colectivamente por el Consejo Permanente de la OEA, como parte de las decisiones adoptadas en relación con la crisis venezolana (Resolución N° 1123, por ejemplo), e incluso por la Asamblea General (siguiendo, por ejemplo, la Resolución AG/RES.2944). Más allá de la forma jurídica adoptada, lo importante es el compromiso de los Estados de adoptar políticas colectivas y coordinadas en el marco del Derecho Internacional Humanitario.

Además, la crisis venezolana ha permitido poner en evidencia las dificultades derivadas de la aplicación de la Convención de 1951 al contexto actual de la migración y la gobernanza global de la crisis de refugiados. Por ello, y a partir de esa crisis, puede promoverse la discusión y aprobación de una Convención Americana sobre Refugiados y Migrantes desde la OEA, que retomando los avances alcanzados con la *Declaración de Cartagena* y el acervo de la región en materia de asilo, promueva un moderno marco jurídico acorde con los principios derivados de la *Declaración de Nueva York*.

Tal Convención podría prestar importancia especial a las crisis derivadas de migraciones forzadas masivas, tomando en cuenta la centralidad de los derechos humanos, y sin perjuicio del margen de deferencia reconocido a políticas domésticas migratorias (que sigue siendo el punto de fricción por la afectiva implementación del Derecho Internacional).

⁸³ Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, *cit.*, pp. 213 y ss.

III. CONCLUSIONES

Las principales conclusiones de este artículo son:

- a. La migración se caracteriza por la movilidad de personas, especialmente, de su Estado de residencia al Estado sede o receptor. Tal y como se asume en la *Declaración de Nueva York* y en el *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*, la migración debe ser resultado de una opción individual o familiar, y no una necesidad. En tal sentido, los esfuerzos desde la Organización de las Naciones Unidas se han centrado en promover la migración ordenada y segura a los fines de promover el desarrollo económico sustentable e inclusivo, todo lo cual justifica la protección de los derechos humanos del migrante.
- b. El concepto de refugiado, en sentido estricto, describe a la persona que se ve forzada a emigrar debido a persecuciones, según la *Convención de Ginebra*. Tal persona tiene derecho a solicitar la protección especial del Estado sede a través del derecho de asilo. Además, en sentido ampliado y de acuerdo con la *Declaración de Cartagena*, el concepto de refugiado también comprende a toda persona que por “graves perturbaciones del orden público” es forzada a desplazarse a otro país, incluso, si tales graves perturbaciones no responden a casos de persecución, tal y como también se desprende de la *Declaración de Nueva York* y en el *Pacto Global sobre los Refugiados*.
- c. El refugiado, a diferencia del migrante, goza de un catálogo de derechos especiales que pivotan en torno al principio de no-devolución, conforme al cual el refugiado no puede ser devuelto al Estado de residencia, debido al riesgo sobre sus derechos humanos.
- d. La distinción entre migrantes y refugiados se ha atemperado debido a la universalización de los derechos humanos. Además, mientras que la migración es un hecho – el flujo de personas– el refugiado es una calificación jurídica. Con lo cual, desde el Derecho Humanitario, el interés debe centrarse en las crisis derivadas de *migraciones forzosas masivas*, sin afectar los procedimientos para la calificación de los emigrantes como refugiados basado en un análisis casos por caso.
- e. En casos de crisis de migraciones masivas, el Estado receptor debe aplicar mecanismos de reconocimiento *prima facie* de refugiados, únicamente a los fines de asegurar los derechos derivados del estatuto de refugiados basados en el principio de no-devolución. En la región, tal calificación debe basarse en la *Declaración de Cartagena* que es parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Más allá de ello, el Estado receptor deberá cumplir con los lineamientos del Derecho Humanitario para atender la crisis.
- f. Las emergencias complejas y el colapso en la capacidad estatal pueden ser graves alteraciones al orden público que impulsan el flujo masivo de emigrantes, generándose así una crisis que exige la acción coordinada de la comunidad internacional de acuerdo con los estándares del Derecho Humanitario. Uno de los puntos más destacables de la *Declaración de Nueva York* es que las acciones orientadas a solucionar esas crisis se extienden incluso a la atención de su causa, lo que enlaza con el principio de responsabilidad para proteger. Con lo cual, la comunidad internacional no solo debe actuar para responder a la crisis de migraciones forzosas masivas, sino además, también debe actuar para atender las causas de esas migraciones, típicamente relacionadas con emergencias complejas y colapsos en la capacidad estatal, en el contexto de la *Declaración de Cartagena*.

- g. En Venezuela existe una crisis de migraciones forzosas masivas, todo lo cual justifica la activación de los mecanismos internacionales de cooperación del Derecho Humanitario. Además, es posible aplicar la calificación *prima facie* de refugiados, considerando las graves alteraciones al orden público derivadas de la emergencia compleja y el colapso político, todo ello, de acuerdo con la *Declaración de Cartagena*.
- h. La crisis venezolana exige de acciones coordinadas, tal y como reconoce la Orden Ejecutiva N° 18-03 de la Secretaría General de la OEA de 7 de septiembre de 2018, entre otros instrumentos.
- i. Para lograr ese objetivo, en el marco de la Carta de la OEA y la *Declaración de Cartagena*, es posible regular las acciones orientadas a implementar las políticas públicas de cooperación internacional para atender la crisis venezolana. Hay tres áreas en las cuales la declaratoria *prima facie* de refugiado contribuirá a uniformar el marco institucional para una mejor coordinación: (i) el reconocimiento de estándares comunes humanitarios; (ii) la promoción de mecanismos institucionales para proveer el financiamiento internacional necesario para atender la crisis, y (iii) la atención comprensiva de la crisis de migrantes y refugiados, a través de las acciones orientadas a atender su causa, a saber, la emergencia humanitaria compleja y el colapso del Estado venezolano.
- j. Además, la experiencia venezolana justifica el estudio de una Convención en materia de refugiados y migrantes, que resuma los avances alcances con la *Declaración de Cartagena* y la *Declaración de Nueva York*, especialmente para responder a crisis de migraciones forzosas masivas.

La tragedia de Güiria, de diciembre de 2020, es un llamado de alerta: la crisis venezolana no puede seguir atendiéndose al margen de las acciones coordinadas derivadas del Derecho Internacional Humanitario. Antes por el contrario, existen suficientes evidencias para implementar el marco jurídico internacional basado en la calificación *prima facie* de refugiados para brindar una adecuada protección humanitaria coordinada.

El concepto de federalismo cooperativo y su influencia en la forma del estado venezolano

Edison Lucio Varela Cáceres*
Abogado

Resumen: *El autor se detiene a reflexionar sobre el concepto de federalismo cooperativo y si el mismo tiene recepción en el modelo constitucional venezolano. Así, después de precisar su definición y la forma federal del Estado venezolano, analiza su posible influencia en la Constitución de 1999, en la jurisprudencia y en la legislación.*

Palabras Clave: *Federalismo cooperativo, federalismo dual, estado federal.*

Abstract: *The author stop to reflect on the concept of cooperative federalism and if it has reception in the Venezuelan constitutional model. Thus, after specifying its definition and the federal form of the Venezuelan State, it analyzes its possible influence on the 1999 Constitution, jurisprudence and legislation.*

Key words: *Cooperative federalism, dual federalism, federal state.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. EL FEDERALISMO COOPERATIVO
- II. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA FORMA DEL ESTADO VENEZOLANO
- III. III. LA INFLUENCIA DEL CONCEPTO DE FEDERALISMO COOPERATIVO EN LA FORMA DEL ESTADO VENEZOLANO

1. *Vestigios constitucionales.* 2. *Recepción jurisprudencial.* 3. *Desarrollo legislativo.*

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

De la lectura de la Exposición de motivo de la Constitución de 1999 se aprecia que en dos oportunidades se alude a que la forma del Estado venezolano corresponde a un federalismo cooperativo. A través de la presente investigación se examina si la anterior afirmación es cierta.

* Universidad de Los Andes, Abogado Cum Laude. Universidad Central de Venezuela, Especialista en Derecho de la Niñez y de la Adolescencia; Profesor Asistente de Derecho Civil I Personas. Universitat de Barcelona, Máster en Derecho de Familia e Infancia. Universidad Metropolitana, Profesor de Derecho Civil. Esta colaboración fue preparada en el marco del «Seminario doctoral: Federalismo, descentralización y Constitución» a cargo de la profesora Cecilia SOSA en la Universidad Católica Andrés Bello.

Para responder la interrogante planteada se expondrá el concepto de federalismo cooperativo, según lo expuesto por la doctrina más autorizada, así como la identificación de sus caracteres; de seguida se dibuja, en líneas gruesas, cual es el diseño constitucional; con estos elementos se procede a confrontar el texto constitucional, la jurisprudencia que lo «interpreta» y la legislación que en «teoría» lo desarrolla para así determinar la influencia del concepto de federalismo cooperativo en nuestra forma de Estado.

I. EL FEDERALISMO COOPERATIVO

Si bien la doctrina ha sido enfática en sostener que no existe un Estado federal tipo, ello en razón que en la práctica cada Estado tiene su propia estructura¹, lo descrito no es obstáculo para visualizar elementos comunes que van creando perfiles que concretan, desde el punto de vista abstracto, una determinada forma federal. Así pues, a lo interno de dicha forma federal algunos, han identificado varios subtipos y entre ellos destaca el *denominado*: «federalismo cooperativo», «federalismo de concertación»², «federalismo de ejecución» o simplemente «sistema alemán»³.

Fundamentalmente, se alude a Estado federal cooperativo como aquel en el cual la distribución de competencias entre los diversos entes territoriales se efectúa privilegiando la coordinación entre los órganos en cada ámbito.

Para Alberto Della Vía «el concepto alude a la concertación y el dialogo cooperativo que debe existir entre las diversas jurisdicciones territoriales, con el fin de refundar y profundizar el federalismo»⁴. Entonces, «presupone, en el marco del Estado federal, donde conviven diferentes niveles de gobierno o atribuciones concurrentes o indivisibles. Ellas pertenecen indistintamente a los gobiernos provinciales y al gobierno federal.

¹ Vid. García-Pelayo, Manuel: *Derecho Constitucional comparado*. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas, 2005, p. 245, «la vida puede ofrecer y ofrece una serie de manifestaciones de organización política que no responden a todas las notas del Estado Federal, ni son tampoco subsumibles en sus géneros próximos»; Xifra Heras, Jorge: *Curso de Derecho Constitucional*. T. ii (El Estado moderno). Bosch. Barcelona, 1962, p. 451, «Con la palabra federalismo se designan realidades muy distintas, que abarcan desde las uniones políticas más rudimentarias –uniones de Estados– hasta las más evolucionadas –Estado federal–. Junto a un federalismo institucional basado en textos preestablecidos, existe un federalismo empírico que surge espontáneamente de las necesidades sociales»; Álvarez, Tulio Alberto: «La intervención de servicios en el marco de la reversión del proceso de descentralización». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 134. UCV. Caracas, 2009, p. 46, «el federalismo es un término que engloba diversidad de modalidades, ensayadas de acuerdo a la distribución de competencias que se define en aquellas constituciones que lo asumen como forma de organización. Por tal razón, no se puede afirmar la existencia de modelo único; como tampoco es apropiado crear categorías o tipologías de federalismo, ya que cada ensayo tiene su propia identidad»; Vogel, Juan Joaquín: «El régimen federal de la Ley Fundamental». En: *Manual de Derecho Constitucional*. 2.ª, Marcial Pons. Trad. A. López Pina. Madrid, 2001, p. 614, «Al emplear el término de “Estado federal”, los autores de la Ley Fundamental no han recurrido a un concepto perfilado con precisión por la teoría del Estado o la Ciencia Política, y en este sentido previo a la Constitución, ni tampoco por tanto, a un contenido más o menos definido de este concepto».

² Vid. Ayala, Javier Marcelo: «El federalismo de concertación en la reforma constitucional de 1994». En: *Revista de Derecho*. N.º 32. TSJ. Caracas, 2010, p. 284.

³ Vid. Linares Benzo, Gustavo: *Leyes nacionales y leyes estatales en la federación venezolana*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995, p. 12.

⁴ Citado en Ayala: art. cit. («El federalismo de concertación...»), p. 285.

En atención al bien común, fin último de toda organización estatal, y respetando las nociones de subsidiaridad y lealtad federal, este reparto de competencias se realizará concertadamente, cooperando»⁵.

Por otra parte, se ha reconocido que en la forma federal se puede recurrir a diversos modos de distribución de competencias, como *verbi gratia* el «federalismo dual»⁶, de allí que posea carta de naturaleza la terminología que alude al Estado «federal cooperativo» para identificar donde la distribución no se hace en bloques herméticos⁷, sino que existen mecanismos de coordinación entre la Federación y los estados miembros, pero, a su vez, cada ente posee un ámbito de competencias específicas.

Ciertamente Vogel comenta que «Con el objeto de desempeñar del modo más eficiente las tareas públicas, en Alemania la ordenación jurídica del Estado federal estuvo desde el principio caracterizada por la cooperación entre Federación y los *Länder*. La expresión más clara de esta idea son las tareas comunitarias y las ayudas a la inversión (...) El concepto de federalismo cooperativo fue acuñado en el contexto del debate sobre dichas tareas comunes y sobre los límites genéricos a las formas de cooperación admisibles en un Estado federal. Cabe entenderlo hoy como una fórmula general para una mejor cooperación entre Federación, *Länder* y municipios»⁸.

Este modelo tiene su origen en el diseño constitucional alemán con la Ley Fundamental de 1949⁹. Así, comenta Linares Benzo que «el sistema germánico reparte las competencias sobre la base de otorgar la legislación a la federación (*Bund*) y la ejecución a los estados (*Länder*)»¹⁰.

Ayala formula como ideas rectoras de este modelo las siguientes:

- a. Convergencia entre diferentes niveles gubernamentales de decisión y ejecución, cuyo propósito o fin es la realización del bien común de la población.
- b. Subsidiaridad: el Estado federal no debe realizar aquello que pueda realizar el estado provincial.
- c. Participación: todo proceso de desarrollo y superación regional debe contar con la participación de los estados provinciales.

⁵ *Ibid.*, p. 286.

⁶ Xifra Heras: ob. cit. (*Curso de Derecho...*), p. 458, comenta que en los Estados Unidos «Desde 1870 hasta 1940 la concepción predominante fue la del federalismo dualista, que defendía un reparto equitativo de competencias entre la Unión y los Estados».

⁷ En palabras de Bidart Campos: «solitarias e inconexas», citado en Ayala: art. cit. («El federalismo de concertación...»), p. 285.

⁸ Vogel: art. cit. («El régimen federal...»), pp. 666 y 667.

⁹ *Vid. Compilación de constituciones políticas*. T. I. Funeda, Caracas, 1999, p. 21.

¹⁰ Linares Benzo: ob. cit. (*Leyes nacionales...*), p. 12. Matheus Inciarte, María Milagros y Romero Ríos, María Elena: «Estado federal y unicameralidad en el nuevo orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela». En: *Estudios de Derecho público. Libro homenaje a Humberto J. La Roche*. Vol. I. TSJ. F. Parra Aranguren, editor. Caracas, 2001, p. 644, «El federalismo cooperativo, cuyo ejemplo clásico es la República Federal de Alemania, se define a partir de: a. una diferenciación funcional según el tipo de competencia, pues una gran parte del ámbito legislativo queda en manos del Poder Nacional, mientras la administración de las competencias corresponde a los estados y municipios; b. Fuerte participación de los estados en la posición política del Poder Legislativo; c. la cooperación entre los tres niveles territoriales».

d. Concertación propiamente dicha: en este caso la concertación puede dividirse en política, cuyo ámbito de realización es el Congreso Nacional; y administrativa, que debe ser coordinada por el Poder Ejecutivo¹¹.

Ciertamente, para llevar a la práctica dichas premisas rectoras del modelo cooperativo se recurre al diseño de «convenios de naturaleza contractual» a los fines de delimitar las competencias concurrentes¹², la «creación de organismos mixtos» como instancias de participación de los diversos entes que integran la federación –por ejemplo la Cámara del Senado en el Parlamento–, y a otras instancias de intervención en asuntos legislativos y administrativos.

II. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA FORMA DEL ESTADO VENEZOLANO

Es común que los textos constitucionales recurran a enunciar la forma de Estado en que se cimienta el sistema. En el caso de la Constitución de 1999 tal cometido lo pretende cumplir –entre otros dispositivos– el artículo 4, al establecer:

La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal y descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad¹³.

Sobre las implicaciones de tal declaración la doctrina ha aventurado diversos pareceres¹⁴, pero en síntesis se podría afirmar que si bien es sumamente complejo precisar un concepto –por sus oscilaciones históricas¹⁵–, si se puede indicar los elementos básicos que lo

¹¹ Ayala: art. cit. («El federalismo de concertación...»), p. 284.

¹² Por ello Matheus Inciarte y Romero Ríos: art. cit. («Estado federal...»), p. 645, comentan que «Este modelo de federalismo cooperativo o de ejecución está basado, en primer lugar: en la negociación, perfeccionada en los pactos o convenios entre las diversas personas jurídicas político-territoriales que conforman la federación».

¹³ Vid. artículo 6 donde se indica que el «gobierno (...) será siempre (...) descentralizado». Véase en la Constitución de Colombia el artículo 1, que al enuncia los principios fundamentales, se limita a establecer: «... es un Estado social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales...», ob. cit. (*Compilación de constituciones...*), t. i, p. 429.

¹⁴ Vid. Linares Benzo: ob. cit. (*Leyes nacionales...*), p. 7, quien sostiene «es letra muerta o, a lo más, una reminiscencia poética de diatribas del siglo XIX»; para González Cruz, Fortunato: «El federalismo y la descentralización en Venezuela. A 10 años de vigencia de la Constitución». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 149. Caracas, 2010, pp. 213 y 215, lo considera un pleonismo, pues, a su juicio en el texto constitucional «no se consagró ni un sistema federal ni un modelo descentralizado», y al evaluar el resultado después de una década concluye «se ha violado lo poco federal y lo poco descentralizado que quedó en el texto constitucional para impulsar un modelo centralizador».

¹⁵ Vid. Rachadell, Manuel: «Influencia hispánica en la adopción del federalismo en Venezuela». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 121. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010, pp. 7 y ss., donde subraya que la forma federal de la Constitución de 1811 no es reflejo de la influencia del texto constitucional norteamericano, sino mayormente de la tradición hispánica; *cfr.* Brewer-Carías, Allan R.: «Bases legislativas para la descentralización política de la federación centralizada (1990: El inicio de una reforma)». En: *Leyes y reglamentos para la descentralización política de la federación*. 3.ª Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1994, p. 11, «la adopción de la forma federal obedeció a la realidad político territorial que nos había legado la colonización española y lusitana, de manera que la federación vino a ser la solución institucional ideal, en los Estados que la adoptaron, para formar los Estados independientes». No obstante, los documentos evidencian un claro influjo de los textos norteamericanos y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa, así Brice, Ángel Francisco: «Estudio preliminar». En: *Las constituciones*

definen y así contrastar con los demás modelos constitucionales para corroborar que tipo de Estado federal se instituye. En todo caso, Fernández sostiene:

... la Constitución de 1999 mediante su artículo 4 consagra un Estado federal y lo califica como descentralizado, calificación que implica una redundancia terminológica ya que todo Estado federal es descentralizado. Sin embargo, la reafirmación descentralizadora se debe a la voluntad constituyente de que la forma federal del Estado en Venezuela dejara de ser formal y fuera real, bajo los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad, característicos del «modelo federal cooperativo», en el cual los distintos niveles políticos territoriales participan en la formación de las políticas públicas nacionales y conformando una única esfera de gobierno en la concurren bajo el principio de cooperación de poderes para garantizar los fines del Estado venezolano¹⁶.

Empero, en el contexto venezolano cierto sector de la doctrina ha afirmado que pese a la declaración inicial del artículo 4 de la Constitución, al examinarse las normas sobre distribución de competencias entre los entes territoriales, la mayoría de ellas se concentran en la federación —es decir, en el Poder Nacional— y, en consecuencia, el nivel de descentralización es reducido¹⁷, lo cual se agrava al visualizar que por vía legislativa y jurisprudencial, se van cercenando la ya menguada autonomía que poseen los estados y municipios.

provinciales. Academia Nacional de la Historia. Caracas, 1959, p. 41, sostiene «el federalismo provincial, llamado confederación, fue un reflejo de la mentalidad existente en los constituyentes de 1811 y estos, sin duda, se inspiraron en el ejemplo de la Revolución de las colonias inglesas, pues la propia palabra “confederación” es de manufactura angloamericana y las disposiciones relativas a ella usadas en la Constitución Federal, obra de los patricios de 1811, es gran parte copia servil de los “Artículos de Confederación y Unión perpetua entre los Estados” que formaron los “Estados Unidos de América”»; véase también: Mora-Sifuentes, Francisco M.: «Interpretaciones del principio federal en México: una aproximación histórica-política». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 13. Caracas, 2020, pp. 279 y ss.

¹⁶ Fernández, Julio Cesar: «Las reformas político-institucionales en la Constitución de 1999». En: *Revista de Derecho Constitucional*. N.º 3. Editorial Sherwood. Caracas, 2000, p. 134. *Vid.* Arismendi A., Alfredo: «Comentarios sobre la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público». En: *Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público*. UCV. Caracas, 2011, pp. 13 y 14, afirma que para algún sector de la doctrina venezolana los conceptos de federalismo y descentralización «son sinónimos y por tanto equivalentes»; otros conciben «la descentralización como una forma de origen del Estado federal» y están los que «ambas instituciones son diferentes y poseen principios muy particulares».

¹⁷ Brewer-Carías, Allan R.: *Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009)*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2009, p. 237, comenta que ciertamente el artículo 4 constitucional «se contradice en otras previsiones de la propia Constitución que permiten calificar la forma de Estado como la de una federación centralizada»; *cfr.* Brewer-Carías, Allan R.: «La Sala Constitucional como poder constituyente: la modificación de la forma federal del Estado y del sistema constitucional de división territorial del Poder Público». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 114. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, p. 248; Matheus Inciarte y Romero Ríos: art. cit. («Estado federal...»), p. 653, «una evaluación de los aspectos constitucionales (...) se puede entrever que se configura un Estado federal con preponderancia del nivel central debido al desequilibrio de la calidad de las competencias atribuidas a los otros niveles político-territoriales»; Lares Bassa, Rodrigo: «La descentralización y el Consejo Federal de Gobierno». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 64. UCAB. Caracas, 2010, p. 227, «Hoy, estas disposiciones constitucionales no han encontrado concreción. O, a lo sumo, podría decirse que ésta ha sido a medias. No existe un Estado federal ni descentralizado sino que en su lugar hay tensiones estatales y una centralización del poder y, en los casos en que se ha descentralizado, un absoluto control sobre esa porción que ha sido atomizada».

En todo caso, aunque el grado de autonomía sea limitado, existen espacios concretos donde en efecto los estados y municipios –distintos al Poder Central– se les reconoce «competencias exclusivas» por la propia Constitución y ellas no pueden ser desdibujadas sin vulnerar el texto supremo¹⁸, pues, sobre el asunto se extiende lo que los autores han denominado una «garantía de intangibilidad de los términos constitucionales de la descentralización»¹⁹, además de un principio de promoción de la descentralización como política nacional (artículo 157).

En definitiva, el sistema establece los diversos entes que componen la estructura del Estado federal delineando las competencias exclusivas de cada ente, así como casos de competencias concurrentes, la posibilidad de la transferencia de las competencias exclusivas del Poder Nacional a los estados y municipios (artículo 157)²⁰, transferencia de servicios en los casos de competencias concurrentes entre el Poder Nacional y los estados recurriendo a la modalidad de las leyes de bases y leyes de desarrollo (artículo 165), a su vez, los estados pueden transferir servicios a los municipios y, finalmente, puede darse la transferencia de servicios a las comunidades y grupos organizados por parte de los estados y municipios (artículo 184).

III. LA INFLUENCIA DEL CONCEPTO DE FEDERALISMO COOPERATIVO EN LA FORMA DEL ESTADO VENEZOLANO

Corresponde ahora revelar la interrogante sobre si en verdad la forma del Estado venezolano corresponde al de un federalismo cooperativo. Tal cuestión debe responderse según los institutos que se desprendan de la propia Constitución, en otras palabras, de acuerdo con unos caracteres que permitan identificar la compartición o concertación en la ejecución de las competencias. Por tanto, resulta obligado examinar el texto constitucional y la interpretación que sobre el mismo ha hecho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, así como el desarrollo legislativo bajo dicha premisa, a los fines de identificar en nuestro modelo los caracteres propios del sistema federal cooperativo.

¹⁸ Así Peña Solís, José: «Aproximación al proceso de descentralización delineado en la Constitución de 1999». En: *Estudios de Derecho público. Libro homenaje a Humberto J. La Roche*. Vol. II. TSJ. F. Parra Aranguren, editor. Caracas, 2001, p. 229, comenta «los preceptos que regulan la descentralización en Venezuela (...) demuestran, utilizando un término muy castizo, el talante descentralizador del constituyente de 1999, lo que resulta muy positivo, y ciertamente constituye un avance si se compara con el de 1961. Queda únicamente por ver si ese talante encuentra respuesta normativa y ejecutiva por parte de los diferentes órganos del Poder Público».

¹⁹ Algunos hablan del principio de «inamovilidad federal», lo que en palabras de Matheus Inciarte y Romero Ríos: art. cit. («Estado federal...»), p. 647, «prohíbe al Poder Nacional realizar cualquier modificación al régimen o estructura federal, al señalar que cualquier modificación solo puede realizarse por vía constitucional y no por reforma legislativa o actividad administrativa», *cf.* Fernández: art. cit. («Las reformas político...»), p. 135.

²⁰ Peña Solís: art. cit. («Aproximación al proceso...»), p. 226, apunta «la transferencia de la competencia comportaba el traslado de la titularidad de la misma, y lógicamente también de su ejecución, razón por la cual una vez cumplido el proceso de transferencia no era posible que la República readquiriera las competencias transferidas»; Peña Solís, José: «La muerte de la descentralización. Examen jurídico de sus causas: la sentencia de la Sala Constitucional del 18-04-2008 y la reforma de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público del 17-03-2009». En: *100 años de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*. T. II. UCV-Universidad Monteávila-Funeda. Caracas, 2011, p. 588, «cabe resaltar que su aplicación está condicionada a que previamente la Asamblea Nacional con el voto de la mayoría absoluta de sus integrantes sancione una ley, con la finalidad de transferir a los estados y municipios materias de competencia nacional».

1. *Vestigios constitucionales*

Es bastante sugestivo que sea la «Exposición de motivo» de la Constitución de 1999, la que al momento de justificar sus innovaciones, aluda expresamente a «federalismo cooperativo». Concretamente indica:

... el régimen federal venezolano se regirá por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad que son característicos de un modelo federal cooperativo, en el que las comunidades y autoridades de los distintos niveles político-territoriales participan en la formación de las políticas públicas comunes a la Nación, integrándose en una esfera de gobierno compartida para el ejercicio de las competencias en que concurren. De esta manera, la acción de gobierno de los municipios, de los estados y del Poder Nacional se armoniza y coordina, para garantizar los fines del Estado venezolano al servicio de la sociedad.

Añade al referirse al Consejo Federal de Gobierno:

... órgano producto de la fase más avanzada del federalismo, el federalismo cooperativo, superación histórica de lo que ha sido denominado federalismo dual que entendía al Estado como producto de un pacto entre los distintos entes político-territoriales los cuales tendrían una esfera de soberanía no delegada a la Unión y, en principio, intangible a la acción del Poder Federal.

Ahora bien, en el marco de la Constitución de 1999 se visualizan ciertas regulaciones que son plenamente acordes con el modelo del federalismo cooperativo, a saber:

i. Fundamentación en los principios de cooperación y solidaridad: en diversas normas de la Constitución se destaca que la forma del Estado federal se guía por dichos principios (artículos 4, 165, 184.1 y 185), lo que implica que en la hermenéutica de las normas constitucionales y legales debe privar la interpretación que tienda a una mayor participación de los estados y municipios en armonía con el Poder Nacional, así como el apoyo y respaldo desde el ámbito Nacional a los estados y municipios a los fines que ellos puedan ejecutar los servicios que les sean transferidos²¹.

ii. El diseño de competencias concurrentes: una de las formas de plasmar la cooperación es justamente por medio de las competencias concurrentes, pues en dicho caso dos entes poseen competencia en determinada materia y es por medio del diseño de formas de concertación y participación que se delimita el ámbito de actuación de cada ente sobre la referida

²¹ Para Peña Solís: art. cit. («Aproximación al proceso...»), p. 268, la premisa fundamental del federalismo cooperativo es que se encuentre «regido por el principio de que toda actividad importante de gobierno debe derivarse de compromiso conjunto y coordinados del Estado federal con los estados federados, regiones o municipios, según el caso. O sea, que la mejor demostración de que el modelo existe es que efectivamente se produzca la participación de los entes territoriales descentralizados en la política general del Estado federal o central»; Matheus Inciarte y Romero Ríos: art. cit. («Estado federal...»), pp. 654 y 655, sostienen que «El principio de cooperación y concurrencia define la política de participación, interdependencia y corresponsabilidad de los tres niveles político-territoriales para la consecución de los grandes objetivos nacionales», por su parte «el principio de solidaridad hace referencia a la lealtad constitucional entre los diferentes niveles territoriales». Para Herrera Orellana, Luis Alfonso: «Autonomía y competencias concurrentes en la federación descentralizada venezolana (con especial referencia a las leyes de base y a las leyes de desarrollo)». En: *Revista de Derecho*. N° 18. TSJ. Caracas, 2005, p. 30, «la coordinación es fundamental al momento de armonizar el ejercicio de competencias que, si bien están atribuidas por el ordenamiento superior o por los ordenamientos sectoriales a distintos órganos autónomos o entes en sentidos estricto, deben ser articuladas entre sí con base en reglas y a través de órganos específicos a los efectos de que el ejercicio de unas no interfiera u obstaculice el ejercicio de otras».

materia en principio compartida. Ello en el caso del Poder Nacional y los estados ocurre por medio de las leyes nacionales bases que fijan las directrices y las estatales de desarrollo que precisan en detalle la gestión de los servicios relacionados con la competencia regulada.

Sobre las leyes de bases y leyes de desarrollo Peña Solís sostiene que es «la Constitución española la fuente del precepto contenido en el artículo 165 de la nuestra», siendo que «su finalidad exclusiva es tornar operativa la modalidad de la descentralización territorial derivada de las competencias concurrentes que la Constitución atribuye al Poder Nacional y a los estados»²². Abundando en este punto, el autor comenta que la propuesta original en el anteproyecto de Constitución aludía a la «celebración de convenios entre el Poder Nacional y los estados» –muy similar a los convenios que estableció la Ley Orgánica de Descentralización... de 1989 (artículo 6)²³–, lo cual «obedecía a la idea de consagrar en la Constitución un modelo de “federalismo cooperativo”».

En todo caso, la norma original se altero añadiendo la figura de las leyes bases y de desarrollo que complican el proceso de dialogo entre los entes, pues las leyes bases dependen exclusivamente de la Asamblea Nacional y ellas serán complementadas por la legislación estatal²⁴. Ahora bien, lo ideal hubiera sido que en el proceso de formulación de las leyes bases se incluyera una participación decisiva, específica y activa por parte de los estados lo cual no ocurrió. Sin embargo, se recuerda que en teoría a la Asamblea Nacional le corresponde «Velar por los intereses y autonomía de los Estados» (artículo 187.16), los diputados son representantes del estado por el cual han resultado electos (artículo 201), los Consejos Legislativos en materia de leyes que los afecten poseen iniciativa parlamentaria (artículo 204.8), además sobre dichas áreas los estados deberán ser consultados por medio de los Consejos Legislativos (artículo 206), estas previsiones si bien no fueron diseñadas específicamente para el caso de las leyes bases resultan apropiadas para lograr que en las mismas exista una concertación y participación propia del modelo cooperativo.

iii. La creación de instancias de coparticipación: el Consejo Federal de Gobierno según la idea que subyace en la Constitución (artículo 185) debería ser aquel cuarto poder que desde la organización vertical que aglutina a lo nacional, estatal y municipal persiga consolidar la descentralización y que las consecuentes transferencias de competencias y servicios se efectúe de forma coordinada bajo una planificación de políticas y acciones concretas que promuevan el desarrollo equilibrado de las regiones y corrija los posibles desequilibrios existentes por medio de la inversión de los recursos de que dispone. Sin embargo, en la práctica ha resultado inoperante en sus propósitos constitucionales y al contrario se ha convertido en un mecanismo de exclusión de los estados y municipios²⁵.

²² Peña Solís: art. *cit.* («Aproximación al proceso...»), pp. 260 y 263.

²³ Es el modelo que se siguió en un principio en Argentina, según comenta Ayala: art. *cit.* («El federalismo de concertación...»), pp. 289 y 290, pues en tal sistema se implementaron las «leyes convenio» concertadas entre la «Nación y las provincias a los efectos de ordenar las competencias concurrentes», siendo «La característica específicas de estas normas (...) en que si bien son leyes nacionales, para tener vigencia precisan de la aprobación de las provincias». Posteriormente, con la reforma constitucional de 1994, se incorporó el mecanismo de las «leyes de presupuestos mínimos», es decir, «leyes de protección mínima y básica destinadas a regir en todo el territorio nacional, permitiendo que las provincias, si lo estiman apropiado, las complementen y mejoren a través de normas de naturaleza local» (p. 294).

²⁴ *Vid.* Peña Solís: art. *cit.* («La muerte de la descentralización...»), p. 588.

²⁵ Empero, como indica Arismendi A.: art. *cit.* («Comentarios sobre la Ley...»), pp. 32 y 33, «su integración precedida por el vicepresidente ejecutivo, por los ministros, los gobernadores, un al-

Lo anterior se ve replicado en otros entes u órganos que en vez de promover la concertación entre los diversos niveles de gobierno, son figuras centralizadoras. Así, por ejemplo, la Comisión Central de Planificación –en palabras de Lares Bassa– tiene por objeto «la aplicación centralizada de los lineamientos presidenciales en todo el universo administrativo. De hecho, en su artículo 4, de la Ley que creó la Comisión afirma que ningún ente sometido a su control gozará “de autonomía organizativa, ni de autonomía para planificación administrativa-financiera”»²⁶.

Finalmente, comenta Fernández: «La Constitución de 1999 establece un modelo federal cooperativo por el cual se prevé la forma y los medios por los que se distribuye territorialmente el poder del Estado, se asigna y transfieren las competencias y servicios a los niveles político-territoriales. Bajo el cumplimiento del principio de colaboración de poderes también se institucionaliza la concertación como cultura para el diseño de las políticas del Estado. Y mecanismos de planificación y coordinación de la ejecución de las competencias concurrentes de la descentralización del Estado»²⁷.

Visto el anterior escenario puede sostenerse que se está al frente de una forma de Estado federal cooperativo «débil», pues, el constituyente fue tímido al incorporar mayores mecanismos de participación²⁸ y en establecer garantías para que el Poder Nacional no

calde por cada estado y representantes de la sociedad, lo reduce a una simple fachada formal, que en el fondo como siempre constituye un vulgar centralismo»; González Cruz: «El federalismo y la descentralización...», p. 221, al comentar la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, puntualiza: «El único aparte del artículo 2 señala que los lineamientos del Consejo (...) serán vinculantes para las entidades territoriales, con lo cual se despacha de un plumazo la autonomía de los estados y de los municipios».

²⁶ Lares Bassa: art. *cit.* («La descentralización y el Consejo...»), p. 236.

²⁷ Fernández: art. *cit.* («Las reformas político...»), p. 140.

²⁸ Para Peña Solís: art. *cit.* («Aproximación al proceso...»), pp. 269, «a la luz de este marco conceptual, el federalismo cooperativo no se limita exclusivamente, al ámbito de las competencias concurrentes, como se sostiene en la Exposición de motivos, y aparte del Consejo Federal de Gobierno, que pese a tener asignada una función muy importante, es sectorizada, no existe ningún otro instrumento para tornar operativo el mecanismo de participación, al punto que no fue instituida la Cámara territorial –Senado–; de allí que la buena voluntad acerca de la implementación del modelo de federalismo cooperativo, consignada en la Exposición de motivos, pareciera que no traspasará el significado de una mera declaración». De hecho Arismendi A.: art. *cit.* («Comentarios sobre la Ley...»), p. 28, apunta «una de las innovaciones más resaltantes de la Constitución de 1999, y que permite dudar de la sinceridad del constituyente al establecer el federalismo venezolano, es la consagración del unicameralismo, por cuanto la supresión de la Cámara del Senado, un elemento concurrente de cualquier Estado federal, con representación numérica igual para todos los estados, impide una participación decisiva en la formación de la voluntad constituyente, en cualquiera de sus formas y en la formulación de la ley, que pueda afectar a los estados por igual». Para Rachadell existen omisiones importantes en el texto constitucional que «desnaturalizan el federalismo venezolano», a saber: «a. No existencia de un senado, con lo cual no existe en el Poder Legislativo una representación de las provincias (...) b. La organización de los consejos legislativo mediante ley nacional; c. La asignación de las competencias residuales en materia tributaria al ámbito nacional, que siempre habían correspondido a los estados; d. Se limita el poder tributario de los estados y de los municipios...», citado en González Cruz: art. *cit.* («El federalismo y la descentralización...»), p. 217. Aunque Matheus Inciarte y Romero Ríos: art. *cit.* («Estado federal...»), p. 669, concluyen que «el federalismo no implica esencialmente la bicameralidad». Brewer-Carías: art. *cit.* («Bases legislativas...»), p. 13, es de la opinión que la federación, el modelo de la Constitución de 1961, «permaneció como una mera forma, habiendo sido vaciados los estados de todo contenido. Menos que un federalismo cooperativo, lo que resultó fue un “federalismo sometido”, conforme al cual los poderes del Estado se concentraron en el nivel nacional, y en algunas materias,

terminara avasallado a los estados y municipios, qué como se verá en el epígrafe siguiente fue lo que terminó ocurriendo en la práctica.

2. *Recepción jurisprudencial*

Una de las primeras decisiones donde se alude expresamente al federalismo cooperativo es la sentencia 2495/2006 de la Sala Constitucional²⁹, en dicho fallo se hacen afirmaciones donde se deja entrever que el modelo constitucional del Estado venezolano comulga con dicha tesis, a saber:

Nuestro régimen constitucional de distribución territorial de competencias no sigue (...) al modelo de separación absoluta de competencias (...) nuestro constituyente se alejó decididamente del modelo denominado del *dual federalism* –federalismo dual–, y, en cambio, asume el denominado federalismo cooperativo (...) el moderno Estado federal es, a diferencia del pasado, una forma política en la cual privan los principios de cooperación, solidaridad y concurrencia entre las unidades que lo componen –tal como lo proclama nuestra Constitución en su artículo 4–, y este modelo se conoce como de federalismo cooperativo...³⁰.

Entonces, para la Sala Constitucional –forzando la sana doctrina–, el federalismo cooperativo se opone a la idea de que existan competencias exclusivas y excluyentes ya que lo que debe privar es relaciones de coordinación a través de competencias concurrentes que se distribuyen por medio de las leyes bases y de desarrollo.

Bajo la anterior posición la Sala Constitucional pretende justificar que en materia de puertos existe una «competencia concurrente», por tanto:

... el artículo 156.26 constitucional, como por lo que expresa el artículo 165 del mismo texto, le toca al Poder Público Nacional dictar el régimen o conjunto de normas básicas que regulen este servicio, y al Poder Público Estadal le corresponde, por su parte, conservar, administrar y aprovechar los puertos de uso comercial, así como también dictar una normativa que desarrolle el régimen básico que al nivel nacional le cumple dictar...³¹.

En realidad, la Sala Constitucional se queda corta en su análisis, pues si bien existe una concurrencia en lo referente a la competencia de puertos en materia «legislativa», lo cual se resuelve según lo que dispone el artículo 165 de la Constitución, no ocurre lo mismo en lo concerniente a la «conservar, administrar y aprovechar los puertos», ya que sobre ello, la competencia es «exclusiva» según el artículo 164.10 y, por tanto, no hay compartimiento con el Poder Nacional sobre tales actividades ejecutivas, salvo la participación de este último en la coordinación «formal».

En definitiva, el denominado Estado federal cooperativo no se opone a que existan competencias exclusivas para algunos entes, de hecho como se aprecia *supra* el artículo 30 de la Ley Fundamental alemana, paradigma de este modelo, reconoce que la federación tiene competencias exclusiva y los estados miembros también, siendo que distingue entre

en el nivel municipal. Los estados miembros quedaron como entelequias aplastadas por el Poder Nacional». Véase también sobre este aspecto histórico Chiossone, Tulio: «La forma del Estado, centralismo federalismo». En: *Omnia. Estudios sociales, histórico-políticos y jurídicos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1983, pp. 111 y ss.

²⁹ Véase: TSJ/SC, sent. N.º 2495, del 19-12-06.

³⁰ Ídem.

³¹ Ídem.

aquellas expresas o implícitas para el primero y para los segundo todas las demás, que serían residuales. Y por otro lado, en materias concurrentes –que también las hay– de carácter legislativa, la solución la ubica en la tesis de las leyes bases y de desarrollo³².

Otra decisión de la Sala Constitucional que alude al federalismo cooperativo es el fallo 565/2008³³, pues la misma al examinar el artículo 164.10 de la Constitución realiza una interpretación de la referida disposición que diametralmente contradice el texto literal de la norma objeto de análisis, así como la finalidad y su contexto histórico, para arribar a una conclusión absurda que desdibuja la forma federal del Estado venezolano.

En efecto, la Sala Constitucional al conoce de un recurso de interpretación, ejercido por la Procuraduría General de la República, donde se solicita la precisión del sentido del artículo 164.10 de la Constitución, que señala a texto expreso lo siguiente: «Es de la competencia exclusiva de los estados: (...) 10. La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional...», distorsiona el sentido de la norma constitucional.

Ciertamente, como se evidencia de la disposición parcialmente reproducida *supra*, la misma persigue indicar las materias en las cuales los estados miembros de la federación poseen competencias «exclusivas» y a tales fines señala «la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial» lo cual debe efectuarse «en coordinación con el Ejecutivo Nacional», esta última coletilla es la que a juicio de los solicitantes les genera «incertidumbre jurídica» pues «el precepto constitucional no es lo suficientemente claro para lograr establecer de una forma eficiente y precisa el ámbito y forma de actuación del Ejecutivo Nacional, respecto a la coordinación con los estados»³⁴.

Empero, la Sala Constitucional para lograr su cometido comienza con un análisis sistemático y por ello relaciona la norma objeto de estudio (artículo 164.10) con el artículo 156.26 de la Constitución que regula las competencias del Poder Público nacional, siendo que a este último le corresponde dictar, a través del órgano legislativo nacional, el «régimen» sobre navegación, transporte de «carácter nacional», puertos, aeropuertos y su infraestructura. Sin embargo, a continuación se desfigura el análisis, pues, la Sala Constitucional al vincular lo anterior con el artículo 164.10 que alude expresamente a las «competencias exclusivas» afirma sin rubor que «se presenta en principio una concurrencia de las competencias que ostentan, tanto el Poder Público Nacional como el estatal»³⁵ lo cual es diametralmente contradictorio a la literalidad del texto, pues, lo «excluyente» es incompatible con lo «concurrente».

³² Conviene además añadir que la referida decisión posee un voto disidente del magistrado Marcos Tulio Dugarte Padrón por disentir de «las afirmaciones realizadas sobre el sistema federal que el constituyente pretendidamente escogió»; así como un voto concurrente de Jesús Eduardo Cabrera Romero donde comparte la decisión de la mayoría pero «discrepa» de los fundamentos que se efectúan «acerca de la naturaleza de nuestro sistema federal». Las anteriores posiciones subrayan que la tesis del federalismo cooperativo no es una posición unánime en la doctrina y por ello tiene sus detractores, que prefieren superar tal concepto por considerarlo una reminiscencia histórica que no es útil en el estado actual de la ciencia jurídica.

³³ Véase TSJ/SC, sent. N° 565, del 15-04-08. Otros fallos de la Sala Constitucional donde se cita las sents. N°s 2495 y 565, son: TSJ/SC, sent. N°s 567, del 26-04-11, y 1661, del 21-11-13.

³⁴ *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 565, citada *supra*.

³⁵ *Ídem*.

te»³⁶. Así las cosas, la competencia de los estados en dicha materia o es concurrente con la de otros entes o es exclusiva de él, pero no puede ser al mismo tiempo ambas y entre dichas opciones es claro que debió el interprete preferir la letra expresa de la Constitución.

Sigue la Sala Constitucional añadiendo otros argumentos y comienza a perfilar la tesis de las leyes bases y de desarrollo, para así justificar la supuesta concurrencia, a saber: «El fundamento de tal asignación de la legislación básica al nivel nacional del ejercicio del Poder Público, y la legislación de desarrollo de ésta al nivel estatal en los términos expuestos, viene dado por los principios de unidad, satisfacción del interés general e igualdad en la gestión de los estados de ciertos servicios en régimen de competencia concurrente (...) solo es posible si el nivel nacional en ejercicio del Poder Público, determina una normativa básica que delimite la actividad que en ejecución de la competencia concurrente desplieguen los estados...»³⁷.

Este aspecto es sumamente relevante, pues, como se indicó, la doctrina ha sostenido que el federalismo cooperativo se caracteriza en que es la federación la que legisla en materias básicas y los estados los que generalmente ejecutan, pero además tienen una función legislativa de desarrollo.

En todo caso, surge una nueva contradicción por cuanto lo que en teoría debe ser «legislación básica» a cargo del legislativo nacional, la Sala Constitucional lo transforma en un mecanismo que «permite que el legislador nacional intervenga en un mayor grado».

Ciertamente, el objetivo de la división legislativa entre leyes básicas y de desarrollo no es la intervención de un ente sobre otro, sino la cooperación entre los entes según el ámbito de competencia de cada uno, donde ambos poseen funciones legislativas –concurrentes, artículo 165 de la Constitución³⁸– pero donde también cada uno tiene su propio espacio de actuación, sin que se solapen entre ellos, de allí que se hable de cooperación para ilustrar que actúan con sincronía pero cada uno en el ámbito que se delimita según la distinción entre leyes bases y de desarrollo.

Prosigue la Sala Constitucional a explicar el sentido de la «coordinación con el Ejecutivo Nacional». Aquí recurre al método histórico y trae a colación las normas que al respecto contenía la Constitución de 1961 (artículos 136.20 y 137) y de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989 (artículos 11.3 y 11.5), afirmándose que sobre las anteriores disposiciones ha

³⁶ García-Pelayo: ob. cit. (*Derecho Constitucional...*), pp. 234 y 235, «Materias exclusivas, cuya legislación y ejecución, o simplemente una de estas actividades, pertenecen enteramente a una de las partes, sea la Federación, sean los Estados», «Materias concurrentes, es decir, aquellas que pueden ser reguladas por la Federación como por los Estados miembros».

³⁷ Vid. TSJ/SC, sent. N.º 565, citada *supra*. Peña Solís: art. cit. («La muerte de la descentralización...»), p. 608, al comentar el fallo indica: «queda claro que la Sala incurre en un error al declarar que debido a la forma adoptada por el Estado venezolano, es inherente al Poder Nacional la potestad de coordinación en relación al poder de los estados y municipios, y por supuesto al partir de ese error, el sentido y alcance que le atribuye a la fórmula organizativa –coordinación– prevista en el artículo 164.10 de la Constitución, se distancia mucho del que efectivamente se deriva del marco teórico que sustenta la forma de Estado federal y del espíritu del citado precepto constitucional».

³⁸ Cfr. Brewer-Carías: art. cit. («La Sala Constitucional...»), p. 252, «Lo importante a destacar aquí es que estas leyes bases no pueden referirse a las materias de la competencia exclusiva, global o parcial, que se asignan a los estados indicadas en el artículo 164, sino solo a las materias de competencia concurrente».

ocurrido una constitucionalización de la descentralización, lo que debería implicar que ya el tema escapa del ámbito legal y corresponde actualmente al constitucional³⁹.

Empero, en vez de enfocarse en la interpretación de la norma constitucional, comienza la Sala a analizar la Ley Orgánica aludida y manifiesta que «en caso de haberse verificado la transferencia de competencias, prevé la posibilidad de una reversión por parte del Ejecutivo Nacional con fundamento en razones de mérito, oportunidad y conveniencia»⁴⁰.

Tal aspecto, no tiene fundamento constitucional, pues, una vez que la Constitución efectúa la asignación de las competencias a los estados esta no puede revertirse, salvo que se practique en los términos constitucionales, es decir, por medio de una revisión de la Constitución –enmienda, reforma o Asamblea Nacional Constituyente⁴¹–.

Pero lo que ya es suficientemente oscuro, se nubla por completo cuando la Sala Constitucional actuado como timador de feria saca de la manga una carta acomodaticiamente guardada y es la de alegar que es la titularidad de las obras la que determina la competencia, en concreto indica que sería competencia de los estados las que se son «producto de las inversiones directas» realizadas por ellos y, por su parte, «las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial nacionales –no estatales– (...) son bienes y servicios cuya titularidad corresponde a la República, ya que los mismos son producto de la inversión de ese ente político territorial dado su carácter de obras y servicios de interés nacional, por lo que en caso de haber sido transferidos a los estados pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también reasumidos por el Poder Público Nacional»⁴². Al respeto puntualiza Álvarez:

Al margen de que la utilización de la figura de los convenios de transferencia de servicios es propia de la ejecución de competencias concurrentes, utilizar el criterio economicista de la inversión inicial es una manipulación que ataca la esencia misma del proceso de descentralización; caracterizado por la transferencia de competencias y recursos que las hagan efectivas. Además no existe una base constitucional que permita diferenciar o crear subcategorías de competencias sobre la base del origen de la inversión⁴³.

Como puede fácilmente apreciarse tal argumento no tiene soporte constitucional y además contradice la doctrina que la misma Sala cita como fundamento cuando alude a un Estado federal cooperativo ya que según dicho modelo el Poder Nacional debe limitarse a la legislación básica y lo que ahora sostiene la Sala es que la Asamblea Nacional no solo va a legislar fijado el régimen, sino que además el Ejecutivo puede gestionar autopistas,

³⁹ Como señala Brewer-Carías: art. cit. («La Sala Constitucional...»), p. 257, «la Sala se olvidó que no fue la Ley de Descentralización de 1981 ni su reforma de 2003 la que “descentralizó” en los estados la competencia mencionada, sino que fue la propia Constitución de 1999, directamente, la que constitucionalizó la transferencia de competencia que se había efectuado en 1989, calificándola ahora como “competencia exclusiva” de los estados».

⁴⁰ Vid. TSJ/SC, sent. N.º 565, citada *supra*.

⁴¹ Vid. sobre estos mecanismos Peña Solís, José: «La revisión de la Constitución de 1999». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 5. Caracas, 2015, pp. 537 y ss.; Hernández-Mendible, Víctor Rafael: «El poder de reforma de la Constitución límites del poder constituido». *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 7-ii. Caracas, 2016, pp. 611 y ss.

⁴² Ídem. En todo caso, recuerda Álvarez: art. cit. («La intervención de servicios...»), pp. 30 y 31, las competencias constitucionales de los estados que fueron «transferidas mediante la Ley Orgánica de Descentralización (...) no pueden ser reasumidas por el Poder Nacional mediante la modificación de la ley; sino, al contrario, ejecutando uno de los procesos de revisión de la Constitución».

⁴³ Álvarez: art. cit. («La intervención de servicios...»), p. 48.

puertos y aeropuertos, que según la Constitución es competencia –se subraya– exclusiva de los estados. Es más incluso se atribuye «competencias exorbitantes como la intervención»⁴⁴.

Adicionalmente, la Sala Constitucional recuerda el precedente expuesto en la sentencia N.º 1495/2006, para justificar ahora que la coordinación implica una «jerarquía o superioridad del ente u órgano que coordina»⁴⁵.

Sobre este aspecto abría que recordar que la aludida coordinación si bien puede implicar que un órgano –por ejemplo el Consejo Federal de Gobierno, artículo 185 de la Constitución– ejerza cierta superioridad «formal» a los efectos de encaminar a los distintos entes políticos territoriales a ponerse de acuerdo sobre las políticas y planes que los involucran, ello no puede generar que la coordinación se transforme en apuntalar una usurpación de las funciones que la Constitución le atribuye a determinados entes, pues, sus objetivos son meramente formales y no llegan al extremo de decidir sobre las competencias de los otros entes.

Por estos derroteros no sorprende que la Sala Constitucional enuncie tres supuestos donde la competencia en materia de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial que según la Constitución es exclusiva de los estados termine asumiéndola el Poder Central, a saber: i. cuando no la ejerzan los estados; ii. la ejerza parcialmente o, iii. el servicio prestado sea deficiente o inexistente.

Ante las anteriores hipótesis hay que recordarle a la Sala Constitucional que lo que corresponde es exigir el cumplimiento de la Constitución para aquellos entes que sean negligentes u omisivos, pero bajo ningún contexto ello originara una usurpación de sus atribuciones constitucionalmente signadas. Amén de que tampoco es garantía de que el Poder Nacional sea eficiente y diligente en la ejecución de dichas actividades ejecutivas, pues si analizamos el tema desde el punto de vista únicamente práctico, la realidad actual ha demostrado con crece, por ejemplo, que la gestión de los aeropuertos por parte del Ejecutivo Nacional ha sido sumamente deficitaria.

La Sala Constitucional en ese afán de justificar lo injustificable, recurre a conceptos jurídicos indeterminados –pero que contrario a su verdadero sentido únicamente usa a favor de su posición parcializada– como «bienestar y progreso social», «cometidos sociales básicos» o «interés nacional» para sostener lo siguiente:

... las características particulares de las actividades de conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, como servicios públicos de interés nacional, permiten afirmar que la Administración disponga de un poder general implícito o de la cláusula general de orden públi-

⁴⁴ De hecho es relevante que sea justamente en estas materias –puertos y aeropuertos– donde la doctrina había reconocido que las transferencias de competencias hacia los estados habían producido «excelentes resultados» donde comienza la reversión, *cfr.* Rachadell, Manuel: «Federalismo, descentralización y reforma constitucional en Venezuela». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 109. UCV. Caracas, 1998, p. 62.

⁴⁵ Lo afirmado por la Sala Constitucional contradice la doctrina consolidada sobre el Estado federal, así García-Pelayo: *ob. cit.* (*Derecho Constitucional...*), p. 228, enfatiza: «el Estado federal no está sobre, sino junto a los Estados miembros, pues tan soberano es el uno como los otros y, por consiguiente, no están en relación de *supra* y subordinación, sino de coordinación. Uno y otro son Estados parciales, pues el Estado central no es un Estado conjunto o total que abarque en su plenitud a los Estados miembros, ya que sus competencias han de ser complementadas por las de éstos. Por consiguiente, tenemos dos Estados parciales e igualmente soberanos, cuyas complementación y unidad solo puede lograrse por medio de una relación recíproca».

co, para poder condicionar, limitar o intervenir los derechos y libertades constitucionalmente proclamados en orden a una hipotética articulación de los mismos con la utilidad común o general...⁴⁶.

El párrafo anterior reproducido no hace otra cosa que una declaración sobre un diseño de Estado –totalitario– absolutamente desligado de las mínimas condiciones que deben privar en un verdadero Estado de Derecho, pues sin ningún rubor o escrúpulo hacia la responsabilidad que originan una afirmación de tal naturaleza, simplemente amenaza que fundado en un supuesto interés nacional, el Estado goza de un poder omnímodo para «condicionar, limitar o intervenir los derechos y libertades constitucionalmente», ante tanta ambición de poder el pretender un mínimo de respeto a la «garantía de intangibilidad de los términos constitucionales de la descentralización» es una inocentada, ya que para los magistrados de la Sala Constitucional que suscribieron dicho fallo el Estado –gobierno, partido o caudillo– lo puede todo si el «interés» –que no es el de los ciudadanos, sino el del grupo en el poder– así lo disponen.

Como colofón, la Sala Constitucional declara su interpretación «vinculante» y «por razones de orden público constitucional, advierte que el contenido de la presente decisión debe generar una necesaria revisión y modificación del ordenamiento jurídico legal vigente», en otras palabras la Sala no solo modifica la Constitución⁴⁷, sino que con prepotencia se vanagloria de su posición y sostiene que la misma debe incidir en la legislación, es decir, que manda a legislarse en contra de la norma suprema⁴⁸.

3. Desarrollo legislativo

Existe cierto consenso en la doctrina nacional sobre que la legislación devenida a raíz de la Constitución de 1999 ha resultado claramente contraria al principio de la federación descentralizada y ha dado, en consecuencia, evidentes pasos hacia la centralización.

Lo anterior ha ocurrido en parte por la advertida debilidad del texto constitucional a la hora de establecer garantías solidas a favor del federalismo, lo cual sumado a las ansias de poder de los detentadores de las funciones ejecutivas y judiciales –hoy calificados esos agentes como meros usurpadores– ha mermado considerablemente el dibujo constitucional de un Estado federal descentralizado, ni que hablar de la posibilidad de desarrollar la cooperación, concertación y participación con fidelidad.

Lo descrito se amplifica con las decisiones de la Sala Constitucional antes comentadas y que tiene un punto de quiebre en las reformas legislativas subsiguientes como por ejemplo por medio de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencias de Com-

⁴⁶ Vid. TSJ/SC, sent. N.º 565, citada *supra*.

⁴⁷ Brewer-Carías: art. cit. («La Sala Constitucional...»), p. 248, apunta en esta «decisión del juez constitucional, más que una ‘interpretación’ de la Constitución lo que contiene es una ilegítima ‘mutación’ de la misma, que responde a la tendencia centralizante del régimen autoritario al cual sirve la Sala, y que constituye una usurpación de la soberanía popular a quien esta reservado el poder constituyente».

⁴⁸ El magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz salva su voto en atención a que la materia del recurso ya había sido objeto de interpretación por la Sala Constitucional en la sentencia 2495/2006 y «En todo caso, debe indicarse que la interpretación que se hizo es contraria a la Constitución», fundamentalmente porque centra su argumentación no en el texto fundamental y la literalidad que se deduce de sus disposiciones, sino en Ley Orgánica de Descentralización reformada en el 2003, que a lo sumo podría haber sido declarada inconstitucional.

petencias del Poder Público del 2009⁴⁹, la Ley sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital del 2009⁵⁰, la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno del 2010⁵¹, y las diversas leyes denominadas del «poder popular»⁵².

Lo explicado no era de extrañar pues la tendencia desde un inicio de esta etapa política fue el obsequiar amplias facultades al Ejecutivo Nacional para legislar vía decreto-ley cualquier asunto, evidenciando además de un culto a la personalidad un debilitamiento de la institucionalidad parlamentaria que polariza la función legislativa en un solo sujeto que niega cualquier atisbo de participación a las regiones⁵³, anulando al mismo tiempo la exigua autonomía de las provincias.

Finalmente, podríamos cerrar compartiendo el parecer de González Cruz, que al evaluar nuestra forma de Estado señala:

El desarrollo legislativo de la Constitución ha sido atroz para el federalismo y para la descentralización. Todas las leyes, sin excepción, dictadas a partir de la vigencia de la Constitución de 1999, contienen disposiciones dirigidas a menoscabar el poder de los estados y de los municipios, ninguna a fortalecerlos⁵⁴.

⁴⁹ Vid. Peña Solís: art. cit. («La muerte de la descentralización...»), pp. 628 y ss.; Subero Mujica, Mauricio: «Comentarios a la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público del 17 de marzo de 2009». En: *100 años de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*. T. ii. UCV-Universidad Monteávilva-Funeda. Caracas, 2011, pp. 715 y ss.

⁵⁰ Ciertamente, según Álvarez: art. cit. («La intervención de servicios...»), p. 52, «con el cambio de doctrina de la Sala Constitucional y la reforma legislativa de 2009 se crea un marco jurídico que facilita la intervención en los estados y la reversión de competencias exclusivas».

⁵¹ Para Lares Bassa: art. cit. («La descentralización y el Consejo...»), p. 225, esta Ley «regula al referido consejo en términos que exceden los previstos en el artículo 185 de la Constitución pues da pie a una centralización desconcentrada –aparece, aquí, la sociedad organizada y el Poder Ejecutivo nacional y se olvida de los estados y los municipios–».

⁵² Vid. por ejemplo Sosa G., Cecilia: «El carácter orgánico de un Decreto con fuerza de Ley (no habilitado) para la gestión comunitaria que arrasa lentamente con los poderes estatales y municipales de la Constitución». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 130. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, p. 154, donde se denuncia que a través del texto legal comentado se contradice la «estructura de poder» que establece la Constitución; véase en la misma *Revista* citada *ut supra*, Sánchez Falcón, Enrique J.: «El Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Atribuciones o la negación del federalismo cooperativo y descentralizado», p. 179, se afirma que el referido instrumento legal implica «el definitivo desmantelamiento del Estado federal cooperativo previsto en la Constitución (...) configurándose de esa manera como una descentralización absoluta inconstitucional».

⁵³ Para Álvarez: art. cit. («La intervención de servicios...»), p. 28, «El resultado ha sido perfeccionar la concentración de poder en un mismo centro a costa de los poderes regionales de gobernadores y alcaldes. Sin duda, una estrategia que atenta contra los valores y principios que informan la dogmática constitucional y anulan al federalismo como ideología estructurante de la Constitución».

⁵⁴ González Cruz: «El federalismo y la descentralización...», p. 219. Lo cual en todo caso no es una novedad –salvo su alevosía– ya que como recuerda García-Pelayo: ob. cit. (*Derecho Constitucional...*), p. 246, «algunos Estados hispanoamericanos, que, a pesar de tener una Constitución federal, se gobiernan prácticamente en régimen unitario o con preponderancia del momento unitario, mediante el abuso que de sus competencias hace el poder central». Sobre lo dicho Xifra Heras: ob. cit. (*Curso de Derecho...*), p. 449, apunta que «Tocqueville fue uno de sus enemigos más notables, por entender que la existencia de un poder único y central convertía al individuo en un ser indefenso y esclavizado. Si no hubiere remedio contra la centralización, el resultado sería un despo-

CONCLUSIONES

Podemos arribar a la síntesis de que el concepto de federalismo cooperativo tiene un interés práctico, pues el mismo permite subrayar unos principios y caracteres que tienden a profundizar una determinada forma federal en el cual se promueve la concertación, participación y cooperación en el ejercicio de las competencias de los diversos niveles de gobierno.

El Estado venezolano según la letra de la Constitución 1999 comparte muchos de esos caracteres que definen a un Estado federal cooperativo, sin embargo adolece de ciertas garantías que fortalezcan dicho modelo, lo que puede originar –y de hecho originó– que se distorsionen las instituciones constitucionales para llevarlas hacia otros derroteros totalmente opuestos al que se desprende de una sana y lógica hermenéutica constitucional.

Las decisiones de la Sala Constitucional comentadas y los textos legales mencionados son claras evidencias de dicho despropósito, donde el modelo federal descentralizado con carácter cooperativo se desvió hacia un centralismo autoritario.

Por lo anterior se debe concluir que el Estado venezolano corresponde a un modelo federal cooperativo en extremo «débil», pues carece de instituciones solidas y garantías efectivas que se dirijan a proscribir cualquier intento de centralismo, de allí que del trago amargo que nos ha tocado vivir, debe efectuarse la respectiva reflexión y colegir que no es suficiente con buenas intenciones, las mismas deben venir acompañadas de recaudos que eviten abusos y que a su vez faciliten corregir las fallas en la ejecución, para así mantener incólume el modelo constitucional. Amanecerá y veremos si hemos aprendido la lección...

tismo que, a diferencia del de las tiranías antiguas que solo pesaban sobre algunos, se impondría sobre todos».

*La libertad nunca se alcanza plenamente.
Breve crónica comentada de la transición
española y de la sesión de investidura del Congreso de
los Diputados, el 30 de marzo de 1979**

Carlos Eduardo Herrera Maldonado**

Abogado

Resumen: *Crónica comentada sobre la Transición en España de un sistema de carácter autocrático a una Monarquía parlamentaria. Se analiza el desarrollo de la Sesión Plenaria de Investidura, celebrada en el Congreso de Diputados el 30 de marzo de 1979, con especial énfasis en el discurso del candidato a la presidencia del Gobierno Adolfo Suárez. Trabajo dirigido fundamentalmente a lectores de Iberoamérica que deseen comprender este importante hecho de la historia reciente de España.*

Palabras Clave: *Constitución Española, Monarquía parlamentaria, Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Investidura.*

Abstract: *Brief commented chronicle on the Transition in Spain from an autocratic system to a parliamentary monarchy. The development of the Plenary Investiture Session, held in the Congress of Deputies on March 30, 1979, is analyzed, with special emphasis on the speech of the candidate for the presidency of the Government Adolfo Suárez. This work is aimed primarily at Latin American readers who wish to understand this important fact in the recent history of Spain.*

Key words: *Spanish Constitution, Parliamentary Monarchy, General Courts, Congress of Deputies, Investiture.*

La Monarquía hará que, bajo los principios de la democracia, se mantengan en España la paz social y la estabilidad política, a la vez que se asegure el acceso ordenado al poder de las distintas alternativas de gobierno, según los deseos del pueblo libremente expresados. (Juan Carlos I, en su intervención en la sesión conjunta ante el Congreso de los Estados Unidos el 2 de junio de 1976).

*Pero si ustedes nos dan su voto, **puedo prometer, y prometo**, que nuestros actos de Gobierno constituirán un conjunto escalonado de medidas racionales y objetivas para la progresiva solución de nuestros problemas. **Puedo prometer, y prometo**, intentar elaborar una Constitución en colaboración con todos los grupos representados en las Cortes, cualquiera que sea su número de escaños. **Puedo prometer, y prometo**, porque después de las elecciones ya existirán los instrumentos necesarios, dedicar todos los es-*

* Dedicado a la memoria de don José María Pernas Martínez (1928-2013). Abogado Licenciado en Derecho por la Universidad de Madrid. Diputado por Pontevedra del Grupo Parlamentario Centrista en la Primera Legislatura del Congreso de los Diputados (1979-1982).

** Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Magister en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho procesal y Derecho Administrativo por la misma Universidad. Profesor de postgrado de Teoría General de los Servicios Públicos en la UCAB.

*fuerzas a lograr un entendimiento social que permita fijar las nuevas líneas básicas que ha de seguir la economía española en los próximos años. **Puedo prometer, y prometo, que los hombres de Unión de Centro Democrático promoverán una reforma fiscal que garantice, de una vez para todas, que pague más quien más tiene. Puedo prometer, y prometo, un marco legal para institucionalizar cada región según sus propias características. Puedo prometer, y prometo, que trabajaremos con honestidad, con limpieza y de tal forma, que todos ustedes puedan controlar las acciones de Gobierno. Puedo, en fin, prometer, y prometo, que el logro de una España para todos no se pondrá en peligro por las ambiciones de algunos y los privilegios de unos cuantos. (Adolfo Suárez al solicitar el voto para UCD 13 de junio de 1977).***

SUMARIO

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

1. *La muerte del Caudillo.* 2. *La Ley para la Reforma Política.* 3. *El Proceso Constituyente.* 4. *La Constitución Española de 1978.* 5. *Disolución de las Cortes y convocatoria de nuevas elecciones.*

II. SESIÓN PLENARIA DE INVESTIDURA CELEBRADA EL 30 DE MARZO DE 1979

1. *¡Que se vote!* 2. *El cambio político realizado en nuestro país ha sido profundo y sincero.* 3. *Intervenciones de los representantes de las distintas formaciones políticas.* 4. *Análisis en perspectiva de la sesión plenaria de investidura de Adolfo Suárez el viernes 30 de marzo de 1979.*

III. BREVE REFERENCIA A LA RELACIÓN DE ADOLFO SUÁREZ CON IBEROAMÉRICA

BIBLIOGRAFÍA

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

No era fácil imaginar para los actores políticos y sociales los cambios que iban a producirse en España con la muerte de Francisco Franco el 20 de noviembre de 1975. Había detentado el poder omnímodo por casi cuarenta años y no había decisión importante que no pasara por sus manos. Al comienzo de la Guerra Civil fue nombrado Jefe del Estado con plenos poderes para gobernar en la parte de España controlada por los golpistas del 18 de julio de 1936 (Decreto 138/1936 del 29 de septiembre). Con posterioridad se dictó la Ley del 30 de enero de 1938, que organizó las estructuras del Gobierno del Estado y el 08 de agosto de 1939, una vez terminada la Guerra Civil, se dictó la Ley que reorganizó el Gobierno y ratificó los plenos poderes de Franco. Estas leyes dieron sustentación al régimen y se mantuvieron hasta la sucesión en la Jefatura del Estado con su muerte.

Durante el período franquista no existió propiamente una Constitución, la organización del Estado se cimentaba en siete leyes Fundamentales: 1) El Decreto de 9 de marzo de 1938, que contenía el Fuero del Trabajo para regular la vida económica y laboral; 2) La Ley de 17 de julio de 1942, mediante el cual se crearon las Cortes Españolas, con el objeto de preparar y elaborar leyes; 3) La Ley de 17 de julio de 1945, que aprobó el Fuero de los Españoles y en el que se regulaban los derechos y deberes, reconocimiento meramente formal; 4) La Ley del Referéndum de 22 de octubre de 1945, posibilidad de consultar algunas materias directamente al pueblo español; 5) La Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 27 de julio de 1947, declaró a España como Reino y le concedió a Franco la Jefatura del Estado con carácter vitalicio. Creó el Consejo del Reino y el Consejo de Regencia; 6) La Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958; 7) La Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, que modificaba algunos aspectos de las anteriores. Esta última Ley fue sometida a referéndum con el interés de darle un barniz de carácter democrático. Franco ideó la continuidad del régimen bajo la figura del Rey en la Jefatura del Estado, con todos los poderes que había detentado desde 1936. Por tanto no se trataba de una monarquía constitucional o parlamentaria a la usanza de la Europa occidental, sino de un sistema absolutista de viejo cuño totalitario. El artículo 6 de la Ley Orgánica del Estado era claro al expresar que el

Rey personificaba la soberanía nacional y que poseería “el supremo poder político y administrativo”, además de ostentar la Jefatura Nacional del Movimiento. Toda organización política al margen del sistema oficial era considerada ilegal de acuerdo al principio VIII del Movimiento.

La estructura política-administrativa del Estado estaba compuesta por: a) Jefe del Estado, quien tenía la potestad de nombrar y remover al Presidente del Gobierno; podía adoptar medidas excepcionales, sancionaba las leyes pudiendo vetarlas; b) El Gobierno, compuesto por el Consejo de Ministros, Comisiones delegadas de Gobierno y el Presidente del Gobierno; c) Las Cortes, formadas por representantes del Movimiento Nacional (partido oficial), representantes de la Organización Sindical (oficial); representantes de los municipios y por representantes de la familia. Era una representación orgánica, no democrática; y d) Movimiento Nacional, partido oficial sostén del régimen.

La asunción de forma interina de la Jefatura del Estado por parte de Juan Carlos el 30 de octubre de 1975 significó un hecho inédito en la historia de España de los últimos cuarenta años y anunciaba que se aproximaban cambios importantes en lo mediato. Con la muerte de Franco comenzaba una nueva etapa y así lo entendieron las figuras políticas tanto afectos al franquismo, como de la oposición democrática en sus diferentes vertientes. El nombramiento de Juan Carlos I como Rey de España el 22 de noviembre de 1975, no solamente significó un nuevo Jefe de Estado, sino la llegada de una generación deseosa de cambios y transformaciones en libertad y en democracia. En el discurso pronunciado ante el Congreso de los Estados Unidos el 2 de junio de 1976, advirtió que *la Monarquía española se ha comprometido desde el primer día a ser una institución abierta en la que todos los ciudadanos tengan un sitio holgado para su participación política sin discriminación de ninguna clase y sin presiones indebidas de grupos sectarios y extremistas. La Corona ampara a la totalidad del pueblo y a cada uno de los ciudadanos, garantizando a través del Derecho y mediante el ejercicio de las libertades civiles, el imperio de la justicia.* Discurso que marcó el nuevo rumbo de la España democrática y que fue acogido con especial complacencia por la comunidad internacional. Mientras tanto seguía en la Presidencia del Gobierno Carlos Arias Navarro, nombrado por Franco y confirmado por el nuevo rey, Arias realizó algunos cambios en el Gobierno nombrando a personalidades moderadas como fueron Manuel Fraga, José Manuel Areilza y Joaquín Garrigues. Igualmente procuró realizar algunas modestas reformas que no contaron con el apoyo del ala dura del franquismo y mucho menos de los sectores de la oposición. Entre las disposiciones acordadas se encontraban las leyes que facilitaban la celebración de reuniones y la creación de asociaciones políticas, la reforma del Código Penal para despenalizar algunas conductas relacionadas con los derechos de asociación y reunión. Los tímidos intentos aperturistas de Arias no tuvieron éxito frente a la tendencia mayoritaria de realizar cambios profundos en el Gobierno español. Esta situación de desencuentro llevó al rey a solicitar la dimisión del Presidente Arias Navarro que se oficializó el 1º de julio de 1976.

Luego de la dimisión de Arias Navarro, el rey se encontró ante la necesidad de nombrar un nuevo Presidente del Gobierno. La selección de la terna presidencial correspondía al Consejo del Reino presidido por Torcuato Fernández Miranda, hombre muy cercano al Monarca de quien había sido su profesor de Derecho Político. La terna seleccionada estuvo conformada por Federico Silva Muñoz, Gregorio López Bravo y Adolfo Suárez. Suárez había sido Secretario General del Movimiento y gozaba del aprecio del rey; Torcuato Fernández Miranda veía en Suárez el mejor candidato como Presidente, su habilidad política y el manejo de los procedimientos de selección fueron claves para incluir en la terna a Suárez, dejando en el camino a hombres como Manuel Fraga quien se consideraba que era mucho más indicado para el cargo que Suárez. Leopoldo Calvo-Sotelo escribió en 1990 *“La inclusión de Adolfo Suárez en la terna del Consejo del Reino y su designación por el rey como Presidente del*

Gobierno vinieron a romper brutal e inteligentemente las legítimas y fundadas aspiraciones que Fraga había puesto en su proyecto centrista: siempre, desde entonces, ha visto aquellas decisiones como un gran error de Torcuato Fernández Miranda y del rey”

El rey Juan Carlos designó Presidente del Gobierno a Adolfo Suárez, comenzando así la segunda etapa de la transición que se inicia en julio de 1976 y terminó con la aprobación de la Constitución en diciembre de 1978.

2. *La Ley para la Reforma Política*

La llegada de Suárez a la Presidencia del Gobierno constituyó otro paso fundamental para la transición a la democracia en España. Tres voluntades coincidieron en esa transformación: El rey Juan Carlos; Torcuato Fernández Miranda en su condición de Presidente de las Cortes Generales y Adolfo Suárez González como Presidente del Gobierno Español. Suárez conformó un Gobierno de “jóvenes reformistas”, que fueron figuras claves en el proceso de transición, importantes figuras del franquismo moderado como Fraga y Areilza se negaron a participar.

Suárez señaló el camino desde el inicio de su actuación como Presidente del Gobierno (03-07-1976), descartó la vía de la “adaptación gradual” y de la “evolución progresiva” planteada por el Gobierno de Arias Navarro. El cambio hacia la democracia no admitía demoras ni retrasos en su implantación y en eso coincidía con el rey Juan Carlos y con Fernández Miranda. Ya en su declaración programática del 16 de julio de 1976 dijo que la soberanía residía en el pueblo, lo que lo distanciaba del sustento legal del franquismo. Expresó con decisión “*que los Gobiernos del futuro sean el resultado de la libre voluntad de la mayoría de los españoles*”. La soberanía popular y gobiernos representativos y democráticos se convertían en los nuevos ejes del cambio político de España. Rafael Ansón ha calificado acertadamente como el año mágico de Adolfo Suárez y del rey Juan Carlos el transcurrido entre julio de 1976 y junio de 1977¹.

Ahora se trataba de diseñar el camino jurídico para lograr el cambio democrático sin romper con la legalidad. En esta fase del proceso le vuelve a tocar a Fernández Miranda un papel protagónico, no sólo como Presidente de las Cortes, sino como avezado jurista, pues debió redactar en tiempo record el proyecto definitivo de la Ley para la Reforma Política. El 24 de agosto Suárez presentó un bosquejo del proyecto de Ley, el cual fue aprobado, sin mayores observaciones por el Consejo de Ministros el 10 de septiembre de 1976. Esta Ley sería la vía jurídica para lograr la transición entre la legalidad franquista y la legalidad democrática. La Ley para la Reforma Política se convertiría en la octava Ley Fundamental y para su aprobación se cumplió toda la tramitación legislativa exigida para tal fin.

El Proyecto de Ley para la Reforma Política solo contaba con cinco artículos, tres disposiciones transitorias y una disposición final, no derogó ninguna legislación anterior. El primer artículo establecía el principio de la soberanía popular al formular que la Ley era la expresión de la voluntad soberana del pueblo; se estableció que los derechos fundamentales eran inviolables y vinculaban a todos los poderes del Estado; en tercer lugar señalaba que en las Cortes residía el poder legislativo, lo que significaba la aceptación de la división de poderes. Este primer artículo contenía los principios básicos de un Estado democrático: la soberanía popular, los derechos fundamentales y la división de poderes. El artículo segundo modificaba la organización de las Cortes, que ahora estarían compuestas por el Congreso de Diputados, cámara electa democráticamente y por el Senado, cámara de representación de las

¹ Ansón, R. *El año mágico de Adolfo Suárez. Un Rey y un Presidente ante las Cámaras*. La Esfera de los Libros. Madrid 2014.

entidades territoriales. Se fijaba la duración de las Cámaras en cuatro años. El artículo tercero establecía las bases y los procedimientos para crear un nuevo ordenamiento de carácter constitucional. La iniciativa correspondería bien al Gobierno o al Congreso de Diputados. El apartado segundo establecía que “Cualquier reforma constitucional requerirá la aprobación por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y del Senado”. Las discrepancias entre las Cámaras serían resueltas por una Comisión Mixta. Si la Comisión Mixta no alcanzare una solución la decisión final correspondería a la mayoría absoluta de las Cortes en reunión conjunta de ambas Cámaras. Finalmente el apartado tercero indicaba que “El Rey, antes de sancionar una Ley de Reforma Constitucional, deberá someter el Proyecto a referéndum de la Nación.” La disposición final expresó que aquella Ley tendría el rango de Ley Fundamental, jugada maestra de Fernández Miranda para salvar la legalidad española (ir de la ley a la ley a través de la ley). De esta manera se estableció el procedimiento para la trascendental decisión de crear una Constitución democrática en España. El Proyecto de Ley mantuvo algunos vestigios autoritarios al establecer en el artículo quinto la posibilidad del rey de dirigirse directamente al pueblo para someter “una opción política de interés nacional”, eludiendo los mecanismos legislativos.

El 30 de julio de 1976 el Gobierno tomó una importante decisión al aprobar una amnistía mediante el Decreto 10/1976 para aquellos condenados por delitos de intencionalidad política y de opinión, quedaron igualmente amnistiados los condenados por delitos de sedición y rebelión, así como los desertores y objetores de conciencia, esta amnistía contribuyó a crear confianza dentro de los sectores opositores al franquismo.

El 15 de octubre de 1976 se remitió a las Cortes el Proyecto de Ley para la Reforma Política, y resulto aprobada con pocas modificaciones el 18 de noviembre del mismo año (calificado como el suicidio de las Cortes franquistas). Un mes después fue sometida a referéndum, obteniendo su aprobación con un 94,2 % de los votos emitidos, se contó con una participación del 77,4% de la población electoral. La Ley para la Reforma Política fue promulgada el 4 de enero de 1977. Veinte días más tarde el 24 de enero se produjo un hecho que conmovió a la opinión pública española y que puso en jaque a la naciente experiencia democrática, el asesinato de cinco abogados laboristas de izquierda en su despacho de la calle de Atocha. Por su parte el grupo terrorista GRAPO secuestró al Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar General Villaescusa. Acontecimientos que merecieron el repudio generalizado y obligaron al Gobierno a acelerar el proceso de cambio institucional.

La aprobación de la Ley para la Reforma Política abrió la puerta para nuevas leyes dirigidas al reconocimiento de derechos fundamentales. En abril se ratificaron por el Estado Español los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales. Por su parte el Real Decreto Ley 17/1977 reconoció el derecho de huelga y otros aspectos vinculados a las relaciones laborales; la Ley 19/1977 reconoció el derecho de asociación sindical y de “asociaciones profesionales” de empresarios para la defensa de sus derechos e intereses; el Real Decreto Ley 24/1977 reconoció la libertad de expresión y despenalizó acciones vinculadas a la difusión de información. La legalización de los partidos y el reconocimiento del derecho a la participación política fue un paso importante en la creación de un ambiente democrático, la Ley 21/1976 y el Real Decreto 12/1977 ayudaron en la tarea de simplificar los procedimientos administrativos para la creación o legalización de partidos políticos. El Real Decreto Ley 20/1977 del 18 de marzo aprobó la legislación electoral que regiría los procesos electorales y sus garantías, se estableció el voto directo, universal y secreto, las provincias serían las circunscripciones electorales, la lista de los candidatos al Congreso de los Diputados eran cerradas y bloqueadas, se estableció el sistema D'Hondt como fórmula de atribución de escaños; para la elección de senadores se estableció un sistema mayoritario de voto limitado con listas abiertas.

Paralelamente a estos acontecimientos, el Congreso de Diputados, los principales partidos y las fuerzas territoriales firmaron el 25 de octubre de 1977 los Pactos de la Moncloa, consistentes en dos convenios: 1. Acuerdo sobre el programa de saneamiento y reforma de la economía y 2. Acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política, manifestaciones inequívocas de la voluntad política de alcanzar acuerdos consensuados en materias de trascendencia nacional. En materia internacional en julio de 1977 España presentó su solicitud de adhesión a la Comunidad Económica Europea. En septiembre de ese año el Consejo de Ministros de la Comunidad Económica Europea se pronunció favorablemente a la solicitud efectuada. A finales de noviembre el Congreso de Diputados aprobó el ingreso de España en el Consejo de Europa tras la ratificación de los Estatutos de dicho organismo. En lo autonómico el Consejo de Ministros tomó una importante decisión al restablecer provisionalmente la Generalitat de Cataluña, reconociendo a Josep Tarradellas, líder histórico catalán, como Presidente, luego de 40 años de exilio.

La legalización del Partido Comunista (09-04-1977) constituyó sin duda alguna el paso más audaz de Suárez en su tarea de convencer al mundo político nacional e internacional de su resuelta vocación democrática. Sin embargo esta decisión le significó un alto costo político ante los altos mandos militares y en el franquismo más recalcitrante. La dimisión del Ministro de la Marina Almirante Gabriel Pita da Veiga el 12 de abril fue expresión del descontento en la cúpula militar por la legalización del enemigo histórico del agónico régimen. El ruido de sables aceleró la decisión del Consejo de Ministros de convocar para el 15 de junio las elecciones generales. Los comunistas españoles en gesto conciliador declararon la aceptación de la monarquía como forma de Gobierno y la bandera Rojigualda* como símbolo de España.

El 14 de mayo de 1977 sucede otro importante acontecimiento: la cesión de los derechos dinásticos de D. Juan de Borbón a su hijo D. Juan Carlos, esta acción de carácter monárquico le otorgó los plenos derechos dinásticos como Rey de España. El 31 de mayo dimitió como Presidente de las Cortes y del Consejo del Reino Torcuato Fernández Miranda, considerado como el guionista de la transición, el rey lo designó Senador en las Cortes constituyentes.

3. *El Proceso Constituyente*

Las elecciones se celebraron el 15 de junio de 1977, habían transcurrido más de 40 años desde las últimas elecciones libres celebradas en España (1936). Acontecimiento que significó el retorno de la democracia, la participación política del pueblo español y el renacimiento de los ideales autonomistas en las diferentes regiones de España. El ambiente de libertad contribuyó a generar un clima de entendimiento y de solidaridad que a poco conducía a un consenso político y social, para la definición de las instituciones democráticas que surgirían de ese proceso constituyente. Como bien se ha afirmado “*el éxito de la transición vino determinado por esta primacía del consenso, basada en la percepción, a un mismo tiempo, de los riesgos y las oportunidades, del miedo hobbesiano al caos y la confrontación, y de la memoria persistente de las tragedias vividas por causa de la guerra civil*”².

La campaña electoral comenzó el 24 de mayo y apenas duró 21 días. Los resultados electorales dieron un espaldarazo al proceso de cambio democrático, imponiéndose el voto

* La Rojigualda, bandera de España, fue adoptada como pabellón nacional en 1785 y ha sido la bandera desde entonces, a excepción de los años de la Segunda República (1931-1939).

² Balaguer Callejón, F. (coordinador). *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I, 6ª edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid 2011, p. 56

moderado y dando origen al “bipartidismo imperfecto”. La participación ciudadana alcanzó el 78,83% del censo electoral. Para el Congreso votaron 18.590.130 y para el Senado 2.423.668 electores. La Unión de Centro Democrático (UCD), coalición de partidos medianos y pequeños, partidos centristas o liberales, partidos demócratas cristianos, liderados por Suárez obtuvo una rutilante victoria con 165 Diputados no alcanzando por 11 escaños la mayoría absoluta. La gran sorpresa fue el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) liderado por Felipe González desde 1974, obtuvo 118 escaños arrebatándole la hegemonía de la izquierda al Partido Comunista que alcanzó 20 Diputados. El PSOE se convirtió desde entonces en el principal partido de oposición. Personalidades como Manuel Fraga –Federación de Partidos de Alianza Popular- obtuvieron 16 Diputados, y Enrique Tierno Galván –con una coalición de Partidos Socialistas- apenas 6 Diputados. El 17 de junio de 1977 el rey Juan Carlos confirmó a Adolfo Suárez como Presidente del Gobierno español. El 5 de julio se inició el segundo Gobierno de Suárez quien se juramentó ante el rey; el general Gutiérrez Mellado se encargó de la Vicepresidencia de Defensa. El 22 de julio el rey instaló las nuevas Cortes y en su discurso se definió como un Monarca Constitucional con funciones de integración y de arbitraje en un sistema democrático. Fernando Álvarez de Miranda, político, abogado y profesor universitario resultó electo primer Presidente del Congreso de Diputados de la democracia responsabilidad que ocupó hasta el año 1979.

Las Cortes cumplieron una doble función por un lado la constituyente, que era su principal tarea y por la otra la legislación ordinaria. En ambas labores los Diputados se esmeraron en cumplir de la mejor manera sus responsabilidades. El 1º de agosto se creó la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de Diputados con la responsabilidad de elaborar el anteproyecto de Constitución. En octubre se designó una comisión especial denominada Ponencia Constitucional compuesta por siete miembros: **Miguel Herrero, Gabriel Cisneros, José Pérez Llorca, Gregorio Peces-Barba, Jordi Solé Tura, Manuel Fraga y Miguel Roca, denominados “Los Padres de la Constitución”**. El 23 de diciembre entregaron al Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas el anteproyecto de Constitución. A comienzos de enero 1978 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes el anteproyecto recibiendo más de tres mil enmiendas de todos los sectores de la vida española. Finalmente y luego de analizar las enmiendas presentadas los miembros de La Ponencia Constitucional firmaron el Informe del Anteproyecto de Constitución el cual fue publicado en la BOC el 17 de abril de 1978. El 1 de julio fue publicado en la BOC el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Proyecto de Constitución, el cual resultó aprobado por el Pleno del Congreso el 21 de julio, por 258 votos a favor, 14 abstenciones, 2 votos en contra. Los Diputados del PNV se ausentaron del hemiciclo, el Grupo Parlamentario de Alianza Popular se abstuvo. Luego de la aprobación en el Congreso de Diputados todos de pie “prorrumpieron en fuerte y prolongada ovación”. Álvarez de Miranda, en su condición de Presidente de la Cámara expresó: *“Que la Constitución que se acaba de aprobar era la más firme prueba del deseo de convivencia de un pueblo, y que no responde a ninguna concepción política (...) Quiero señalar que la defensa y reconocimiento que se hace en la Constitución de los derechos y libertades fundamentales de la persona no ha sido tampoco conquista de ningún grupo predominante en esta Cámara, sino el sentimiento unánime de todos los grupos”*.

Después de múltiples e intensas sesiones en los Plenos del Congreso y del Senado, el Proyecto de Constitución resultó aprobado el 31 de octubre de 1978 obteniendo un gran respaldo parlamentario (325 Diputados y 226 Senadores). El 6 de diciembre el pueblo español se volcó a las calles para participar en el histórico referéndum dándole un fervoroso respaldo a la Constitución (88,54% de aprobación y un 7,89% de desaprobación), fue promulgada por S.M. el Rey el 27 de diciembre entrando en vigor el 29 de diciembre de 1978.

4. *La Constitución Española de 1978*

En la Constitución de 1978, se van a conjugar los elementos fundamentales del Constitucionalismo clásico, por una parte su origen popular y participativo derivado de las Cortes Constituyentes elegidas el 15 de junio de 1977, expresión del pacto social y de la creación del Estado como fuente de legitimación jurídica y política; y por la otra su contenido esencial como bien lo establece el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789: *Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución.*

Bien lo ha expresado García de Enterría en el prólogo de su conocida obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *La Constitución ha dejado de ser en nuestro sistema, por ventura, un puro concepto ideal, y es hoy un documento jurídico con un contenido preciso y con unos efectos determinados sobre los ciudadanos y sobre los jueces*³. La Constitución Española rompió con el esquema retórico y solemne de la declaración de derechos y de principios sin valor normativo ni fuerza ejecutiva ni judicial, rompió con el esquema tradicional de las Constituciones liberales de un Estado minimizado con apenas presencia en los cometidos de seguridad, defensa de la soberanía, y servicios públicos esenciales; rompió con la noción de considerar al texto fundamental como un programa de carácter histórico alejado de las realidades sociales, económicas y políticas. La Constitución de 1978 no sólo va a limitar el ejercicio del poder por parte del Estado sino va a definir el ámbito de libertades individuales y sociales reconocidos en los derechos fundamentales. De allí que la Constitución va a detentar un valor normativo propio, dejará de ser un documento eminentemente programático para convertirse en norma jurídica aplicable sin necesidad, en muchos casos, de ser desarrolladas en leyes posteriores.

El profesor Juan F. López Aguilar ubica a la Constitución en el ciclo del *constitucionalismo racionalizado, democrático y social* de la segunda posguerra, en su segunda oleada correspondiente a la transición de la dictadura a la democracia de los países del sur de Europa (Portugal, Grecia, España). En tal sentido sería una Constitución originaria, sincrética, democrática, normativa, garantista y jurisdiccionalizada. Igualmente menciona una de las características más notables de la Carta Española como es el consenso gracias a lo cual fue posible su elaboración y aprobación, lo que la convierte en una *Constitución de consenso*. El mundo político español dio una manifestación de madurez y sensatez al lograr acuerdos indispensables para alcanzar el asentimiento necesario en las Cortes Constituyentes, ratificado de manera contundente en el referendo popular del 6 de diciembre de 1978.

De allí que la doctrina constitucional reconoce en el texto español su carácter normativo y preceptivo que influye directamente en el sistema de las fuentes del Derecho. Otra de las características es el carácter abierto de la Constitución de acuerdo a la integración con otros ordenamientos jurídicos que conforman el Bloque de la Constitucionalidad, igualmente por permitir el desarrollo de distintos programas de contenido político e ideológico (pluralismo) en el ejercicio del poder público, bien lo expresa López Aguilar *La Constitución no ha mandado el desarrollo de una única política, social o económica, sino que sienta las bases indisponibles dentro de las cuales pueden tener lugar políticas de distinto signo, según resulten activados en un sentido u otro, de acuerdo con las reglas de la democracia, los instrumentos que ella misma proporciona*⁴.

³ García de Enterría, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, Madrid 1994, pp. 30-31

⁴ Cfr. Balaguer (coordinador). *Manual de Derecho Constitucional*, cit., pp. 58-59.

Igualmente se reconoce el texto como una Constitución democrática, no sólo por su origen legítimo, sino por permitir de manera inequívoca la participación política a través de los partidos (Art. 6) y la participación ciudadana en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos (Art. 23). Otra de las características de la Constitución de 1978 es su carácter garantista, expresada desde el mismo Preámbulo *Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones* y en la creación del Tribunal Constitucional como defensor del texto fundamental como se verá a continuación.

La creación del Tribunal Constitucional en el Título IX del texto fundamental y desarrollado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de fecha 3 de octubre 1979, vino a confirmar la necesidad de contar con un guardián de la Constitución. Con razón afirmó el primer Presidente del Tribunal Constitucional D. Manuel García-Pelayo y Alonso, en su discurso de instalación (12.07.1980): *Es decir, un órgano cuyas competencias básicas han sido establecidas por la Constitución y que no están en relación de dependencia con respecto a ningún otro órgano. Un Tribunal que ya en su mismo método de composición muestra su significación integradora, puestos que sus miembros son nombrados por el Rey, a propuesta de todos los demás órganos constitucionales del Estado, o dicho en términos más tradicionales, a propuesta de los poderes legislativos, ejecutivo y judicial, es decir, de los poderes que podemos denominar políticos y de la representación suprema del orden judicial*⁵. El rey Juan Carlos en su discurso de instalación del Tribunal Constitucional expresó: *Desde esta perspectiva será vuestra función primordial garantizar, con las técnicas del Derecho, la plena aplicación y efectividad de los preceptos constitucionales. Estos preceptos, que las Cortes aprobaron y el pueblo español ratificó, deben prevalecer y ser respetados por todos los ciudadanos y por todos los poderes públicos*⁶. El Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo 161 tiene amplias competencias para conocer del recurso de inconstitucionalidad contra Leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley, así como del recurso de amparo por violación de derechos y libertades y de los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí.

Con razón ha afirmado Emilia Casa Baamonde, ex presidenta del Tribunal Constitucional, al referirse a la importancia de la jurisprudencia de ese Tribunal que ha incidido en todos los ámbitos de la vida política y social española: *ello no tenía que haber sido así, sobre todo si se tiene en cuenta que el Tribunal Constitucional es un órgano nuevo, no sólo por haber sido creado por la Constitución de 1978, sino por ser virtualmente inédito en la historia de nuestro constitucionalismo. Ciertamente, no había en España experiencia de un órgano jurisdiccional al que se le atribuyera la misión de garantizar el cumplimiento de la Constitución, o lo que es lo mismo, de velar por su supremacía para que ni las normas elaboradas por el legislador, ni la actuación de los demás poderes públicos la contradigan*⁷.

5. Disolución de las Cortes y convocatoria de nuevas elecciones

Aprobada La Constitución Adolfo Suárez disolvió Las Cortes y convocó a nuevas elecciones para el primero de marzo de 1979. Apenas transcurrieron 29 días de la celebración de las elecciones generales en España cuando se realizó, en cumplimiento del artículo 99 de la

⁵ El Tribunal Constitucional Servicio Central de Publicaciones/ Presidencia del Gobierno, Madrid 1980, p. 13

⁶ El Tribunal Constitucional. *Op. Cit.*, p. 25

⁷ Casas Baamonde, E. “25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Publicado en la *Revista Persona y Derecho*. I, Nº 54. Universidad de Navarra (Pamplona), 2006, p. 26

Constitución, la Sesión Plenaria de Investidura en el Congreso de los Diputados el viernes 30 de marzo de 1979. Los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados quedaron integrados de la siguiente manera: Grupo Centrista 168 miembros; Grupo Socialista del Congreso 98 miembros; Grupo Comunista 23 miembros; Grupo Socialista de Cataluña 17 miembros; Grupo de Coalición Democrática 9 miembros; Grupo Mixto 9 miembros; Grupo de la Minoría Catalana 8 miembros; Grupo Vasco-PNV 7 miembros; Grupo Socialistas Vascos 6 miembros; Grupo Andalucista 5 miembros.

UCD volvió a ganar sin alcanzar la mayoría absoluta, sin embargo este resultado convirtió a Suárez en el Presidente del primer Gobierno democrático español. El triunfo de UCD trajo consecuencias serias al PSOE evidenciadas en el XXVIII Congreso celebrado en mayo de 1979. Por lo demás todos los partidos subieron su votación menos Alianza Popular que se presentó como Coalición Democrática. La extrema derecha consiguió esta vez una representación parlamentaria con Unión Nacional en la persona de Blas Piñar López, logrando 378.964 sufragios, quien debió integrarse al Grupo Mixto.

A manera de colofón, algunas valoraciones sobre la Constitución efectuados por Diputados constituyentistas de variadas tendencias políticas:

Enrico Tierno Galván: “Hemos producido un texto que es un conjunto coherente y articulado de concesiones...concesiones que en el fondo son generalidades.”

Jordi Pujol: “Se dice que el espíritu pactista es característico de nuestro pueblo y me alegraría que hubiera ayudado a evitar imágenes dramáticas de España (...) Nosotros no solo aportamos nuestros votos, sino también la voluntad de trabajar en objetivos colectivos de solidaridad y en la creación de un clima de concordia.”

Manuel Fraga: “Alianza Popular lamenta no poder dar un sí incondicional, ni aún teniendo en cuenta que se trata de una Constitución de compromiso. Votar sí sería incongruente con nuestro electorado y sería suponer que el Senado no va a poder mejorar los puntos que he señalado.”

Santiago Carrillo: “Los comunistas vamos a respetar esta Constitución con toda fidelidad y vamos a procurar que en el futuro los derechos que se inscriben en ella se conviertan en realidades.”

Felipe González: “Asumo la Constitución y la defenderé íntegramente y estaría dispuesto a llamar al pueblo para su defensa.”

José Pérez Llorca: “Reivindico la expresión Constitución de consenso, resalto el papel desempeñado por la Corona y por el Rey para la aprobación de esta Constitución.”

García-Pelayo y Alonso al concluir sus palabras en el acto de instalación del Tribunal Constitucional, expresó con singular acierto unas palabras que deberían encontrarse en el frontispicio de cada Tribunal Constitucional:

Una Constitución democrática como es la Constitución española es siempre un orden abierto que puede dar lugar a políticas plurales, todas las cuales, en cuanto son llevadas a cabo por órganos democráticamente legitimados y respetando el marco constitucional, tienen en principio a su favor una presunción de validez que sólo argumentos sólidos pueden allanar. El intento de resolver por vía jurisdiccional contiendas que sólo por vía política pueden encontrar solución satisfactoria es el medio más seguro para destruir una institución cuya autoridad es la autoridad del Derecho⁸.

⁸ El Tribunal Constitucional. *Op. Cit.*, p. 22

II. SESIÓN PLENARIA DE INVESTIDURA CELEBRADA EL 30 DE MARZO DE 1979⁹

1. *¡Que se vote!*

La Presidencia Interina del Congreso de Diputados le correspondió a Landelino Lavilla Alsina, político experimentado, miembro de UCD y Ministro de Justicia (1976-1979) durante el gobierno en funciones de Suárez. Fue diputado de la Legislatura Constituyente y Presidente del Congreso de los Diputados en la legislatura de las Cortes Generales (1979-1982). Sin duda tenía la experiencia y la capacidad para conducir la Sesión Plenaria de Investidura del primer Presidente del Gobierno en esta nueva etapa Constitucional de España.

El Rey conforme al artículo 99 de la Constitución había realizado las consultas con los grupos políticos con representación parlamentaria y a través del Presidente del Congreso propuso un candidato a la Presidencia del Gobierno. El candidato propuesto debía exponer ante el Congreso de Diputados el programa político del Gobierno a formar y debía solicitar la confianza de la Cámara.

La Sesión Plenaria de Investidura comenzó a las once y quince minutos de la mañana del viernes 30 de marzo de 1979. El orden del día estableció que el Presidente Interino debía explicar el objeto para el que había sido convocada la sesión plenaria, seguida de la lectura de la propuesta de candidato para Presidente del Gobierno, formulada por S.M. el Rey. El Presidente interino, cumplida esa formalidad, invitó al Secretario a la lectura de la Resolución de la Presidencia de la Cámara en relación con el desarrollo de la sesión de investidura.

El Presidente Interino, en su primera intervención explicó que esa sesión de investidura fue convocada luego de haber oído a los representantes de los grupos políticos y por acuerdo adoptada por la mayoría de la Mesa para cumplir lo establecido en el artículo 99 constitucional. Se habían cumplido los dos requisitos que permitían la celebración de esa reunión del Pleno del Congreso, por una parte la formulación de la propuesta del Rey de conformidad con la Constitución y por la otra la disponibilidad del candidato propuesto para someter su programa al pleno del Congreso de los Diputados.

La propuesta de S.M. el Rey y refrendada por el Presidente del Congreso de los Diputados expresó: “*De acuerdo con lo establecido en el artículo 99 de la Constitución y habiendo sido llamados a consulta los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, vengo en proponer al excelentísimo señor don Adolfo Suárez González como candidato a la Presidencia del Gobierno. La Zarzuela, 28 de marzo de 1979.*” Firmado, Juan Carlos, y refrendado por el Presidente del Congreso de los Diputados, Landelino Lavilla Alsina.¹⁰

El Presidente Interino explicó que el Reglamento provisional había sido elaborado y aprobado por la Cámara con anterioridad a la Constitución y no tiene previsiones respecto al

⁹ La segunda parte del presente trabajo se encuentra documentado en las *Publicaciones de las Cortes Generales, Serie II. Debates Políticos. Número 2*. Debates de la primera legislatura, año 1979, Madrid. La selección y edición fue preparado por el Letrado de las Cortes D. Manuel Gonzalo, a quien debe hacerse un reconocimiento por la calidad y minuciosidad del trabajo realizado. Por razones de orden metodológico las citas textuales se encuentran en letra cursiva, siendo fácil su ubicación en la fuente documental antes mencionada. Puede igualmente consultarse en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de fecha 30 de marzo de 1979: http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL_003.PDF

¹⁰ Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, Primera Legislatura I (1979). Serie II. Debates Políticos. Impreso en Closas-Orcoyen, S.L. Madrid 1979, p. 9

desarrollo de la Sesión de Investidura, en razón de lo anterior y de acuerdo al artículo 23 del Reglamento, la Presidencia redactó una resolución señalando los términos en que ha de procederse en la sesión plenaria a los fines de cumplir lo establecido en el artículo 99 de la Constitución. Esta resolución fue publicada en el Boletín Oficial de las Cortes del día 29 de marzo de 1979.

La referida Resolución de la Presidencia de la Cámara en relación con el desarrollo de la Sesión de Investidura, fue leída por el Secretario Provisional (Carrascal Felgueroso). La Resolución establece que *“La regulación parlamentaria de la votación de investidura constituye, como es notorio, una de las inevitables lagunas de nuestro Reglamento provisional, al que es forzoso suplir en este punto mediante el uso de las facultades que su artículo 23 atribuye a la Presidencia.”* En virtud de esa facultad del artículo 23 del Reglamento, la Presidencia dispuso lo siguiente: *“Artículo 1º. 1. La sesión de investidura se iniciará con la lectura de la propuesta de Su Majestad el Rey, concluida la cual el candidato propuesto expondrá el programa del Gobierno que pretende formar y solicitará la confianza de la Cámara. 2. Finalizada esta exposición y sin interrupción alguna, el Presidente anunciará cuantos son los escaños que se encuentran cubiertos y cuál es, en consecuencia, el número de votos necesarios para la mayoría absoluta. Se considerarán cubiertos todos los escaños en los que no se hubiera producido vacante por muerte o renuncia de los titulares. 3. Hecho el anuncio a que se refiere el apartado anterior, se pasará a la votación, que se efectuará mediante llamamiento nominal, en la forma prevista en el artículo 74, apartado a), del Reglamento vigente.”* El artículo 2º 1º expresa que una vez finalizada la votación, si el candidato hubiere obtenido la mayoría absoluta, podrán hacer uso de la palabra las formaciones políticas presentes en la Cámara para formular las declaraciones políticas en relación al programa del gobierno, la confianza otorgada por la Cámara y fijar posición ante la solución del gobierno resultante. El numeral 2º de este mismo artículo establece que el candidato a la presidencia podrá hacer uso de la palabra siempre que la solicite. El numeral 3º establece que finalizadas las intervenciones se levantará la sesión y dará cuenta personalmente a Su Majestad el Rey del resultado obtenido.” Los artículos 3º y 4º se refieren al caso de no haberse alcanzado la mayoría absoluta y la convocatoria para una nueva votación a las 48 horas después de la anterior. Esta Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados está fechada el 29 de marzo de 1979.

Es cosa frecuente que en el mundo parlamentario no siempre se sigue el libreto establecido en el orden del día. En este caso le correspondió a Felipe González, Diputado por Madrid y portavoz del Grupo Socialista, plantear una cuestión de orden en relación con la oportunidad del debate parlamentario en torno a la investidura del candidato a la Presidencia del Gobierno. En tal sentido expresó *“...que está en total desacuerdo con las normas dictadas para este acto, le ruega someter a consideración de la Cámara la oportunidad o no de un debate parlamentario en torno a la investidura del candidato a la Presidencia del Gobierno (...) Me resisto a creer que ocasión tan solemne como la que vivimos, que tanta trascendencia debe tener para el destino de nuestro pueblo, no sea digna de un debate parlamentario en profundidad, y que se hurte a esta Cámara la posibilidad de una amplia confrontación en torno al programa que esperamos presente el candidato a la Presidencia, con carácter previo a la votación de los parlamentarios.”*¹¹

El Presidente Interino, de manera inmediata explicó que dada las divisiones con posiciones rígidas e inflexibles en la Cámara, lo ha obligado *“contra lo que era su voluntad”* a ejercitar las facultades reglamentarias para adoptar la solución planteada en la Resolución,

¹¹ *Ibidem* p. 10

provocando “grandes protestas y pateos en los bancos de la izquierda”. Landelino Lavilla reafirmó su posición afirmando que “*El Reglamento le confiere unas facultades a la Presidencia y la Presidencia ha hecho uso de sus facultades en los términos del artículo 23*” Finalmente expresó que “*De conformidad con ello, y entendiendo que lo que ha habido es una cuestión de orden planteada por referencia al Reglamento, que únicamente la permite conforme a los artículos 62 y 63, esta Presidencia se mantiene en los términos de la resolución adoptada y entiende, en consecuencia, que, sin preceder debate alguno, procede que la decisión de la Presidencia, conforme al Reglamento, sea acatada por la Cámara.*”¹² Esta Intervención del Presidente Interino provocó grandes protestas y pateos en los bancos de la izquierda, se escucharon gritos de Diputados “¡Que se vote! ¡Que se vote!”

De manera inmediata pidió la palabra Santiago Carrillo, Diputado por Madrid y portavoz del Grupo Comunista, le fue concedida por el Presidente Interino sin antes recordarle “*pero no ha lugar, señor Carrillo, a nuevo debate sobre el tema. Entiendo que se trata de una cuestión de orden que supone la invocación de un precepto aplicable.*” Fungiendo de portavoz de toda la oposición Carrillo afirmó “*La cuestión es la siguiente: yo presento, en nombre de un centenar de Diputados del Partido Comunista, del Partido Socialista Obrero Español y del Partido Socialista de Andalucía, una proposición amparándome en el apartado 2 del artículo 54 del vigente reglamento del Congreso de los Diputados para que el orden del día sea alterado. Es una proposición que se ajusta estrictamente al Reglamento: proponemos que sea alterado en el sentido de que se produzca un debate antes del voto de investidura.*” Y termina su intervención afirmando “*Yo quiero decir que ése es un mal precedente, un precedente autoritario, un precedente que viola el espíritu progresista de la Constitución, y en ese sentido yo ruego a la Presidencia que ponga a votación (el Reglamento del Congreso nos autoriza a presentar esta proposición) la proposición que presentamos aquí, exigiendo un cambio del orden del día.*” Esta intervención provocó aplausos y expresiones de “¡Muy bien!

Landelino Lavilla ante tal solicitud y e hilando fino intervino para explicar que la proposición de Carrillo sustentado en el artículo 54 del Reglamento se refiere al orden del día, “*Lo que el señor Carrillo plantea es lo que podríamos llamar el orden de la sesión*” y seguidamente explicó que el orden de la sesión es la fijación de los temas a considerarse en el Pleno del Congreso de Diputados y que el orden del día en esa sesión es único: el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 99 de la Constitución. Y entonces se pregunta el Presidente Interino *¿Cómo se desarrolla la sesión para dar cumplimiento a ese punto del orden del día?* Y el mismo se responde: “*Esto es lo que está establecido para unos casos en el Reglamento, y para éste concretamente es la Resolución complementaria de la Presidencia que ha sido dictada para suplir el vacío legal.*” Finalizó su intervención expresando “*En consecuencia, la Presidencia formula esa interpretación e, invocando el artículo 63, se permite recordar a SS. SS. Que no cabe con este motivo debate alguno, debiendo acatarse la resolución que la Presidencia adopte, a la vista de la alegación formulada.*”

Carrillo solicitó nuevamente la palabra y Landelino Lavilla le precisó con contundencia “*No ha lugar a debate*”. Otro actor político de primera línea solicitó la palabra, se trataba de Manuel Fraga Iribarne, Diputado por Madrid y portavoz del Grupo de Coalición Democrática, comenzó su intervención afirmando “*...todos somos conscientes de la importancia que tiene la sesión de hoy desde todos los punto de vista y de la importancia de que en ella se proceda de buen grado*”; el político gallego expresó que era errónea la interpretación del artículo 23 del Reglamento provisional de las Cortes anteriores para entender la facultad de

¹² *Ibidem* p. 11

interpretar y suplir, en los casos de duda u omisión, en su opinión “...el artículo 72 de la Constitución dice que las Cámaras establecen sus propios Reglamentos. Al decir esto indica con toda claridad que la Cámara es dueña en todo momento de su reglamento y que, naturalmente, no puede cambiarlo en su totalidad sin las prescripciones del Reglamento, pero cuando se trate de una disposición nueva emanada de la Mesa puede discutirla...” y en tal virtud solicitó que la moción presentada por el portavoz del Partido Socialista “debe ser puesta a votación, y una vez que se vote sabremos lo que quiere la Cámara sobre los puntos del Reglamento.” De esta manera coincidían tres figuras importantes de la política española, dos de izquierda y uno de derecha, en el primer escarceo parlamentario de la Sesión de Inestabilidad de Adolfo Suárez. Landelino Lavilla en su respuesta a Fraga y haciendo acopio de destreza parlamentaria, explicó que el artículo 72 de la Constitución estableció que las Cámaras promulgan sus propios Reglamentos y que esta facultad no es más que una expresión de la potestad autonormativa de las Cámaras a los efectos de regular su funcionamiento interno. En tal sentido y en ejercicio de esa potestad autonormativa “la Cámara ha establecido en la distribución de competencias internas, la que corresponde a la Presidencia para suplir las omisiones cuando esas omisiones se detecten y como vía distinta de complementar, de modificar o de reformar, que el propio reglamento a este respecto señala.” Finalmente recordó que esa distribución de competencias es común en los reglamentos de todas las Cámaras, “solventadas las cuestiones de orden vamos a proseguir.” Lo que provocó rumores y protestas en un sector de los parlamentarios.

Felipe González volvió a solicitar la palabra para lamentar que no se hubiera producido este debate con carácter previo, y dejó constancia de la protesta de su Grupo, así como lamentar “por la constatación de los hechos de esta mañana, que la Presidencia no es la Presidencia de todos, al menos no es la Presidencia de los que se han manifestado en esta tribuna.” Lo que provocó aplausos en los escaños de los grupos parlamentarios situados a la izquierda del Presidente.

Solicitó la palabra Jordi Solé Tura, Diputado por Barcelona del Grupo Comunista para adherirse a la protesta hecha por el Partido Socialista. Lo mismo hicieron los Diputados Luis Uruñuela Fernández del Grupo Socialista de Andalucía, Fernando Sagaseta del Grupo Mixto, Eduardo Martín Toval Portavoz del Grupo Socialista de Cataluña, Heribert Barrera Costa del Grupo Mixto, Juan Bandrés Molet del Grupo Mixto, José Benegas Haddad Portavoz del Grupo Socialista Vasco, Xabier Arzalluz Antía Portavoz del Grupo Vasco-PNV, Miquel Roca Junyent Portavoz del Grupo Minoría Catalana y López Raimundo en representación del PSUC de Cataluña.

La tensión en la sesión se vivió con mayor intensidad en el público presente y en algunos Diputados al grito ¡Que se vote! El Presidente Interino solicitó entonces “Ruego a todas las personas presentes en este salón y que ocupan las tribunas de invitados o las tribunas del público que se abstengan de hacer cualquier tipo de manifestación de aprobación o desaprobación en relación con lo que ocurra en el salón de sesiones. Muchas gracias.”

De inmediato concedió la palabra a Adolfo Suárez entre murmullos, toses y apertura ostensible de periódicos de los Diputados situados en los escaños de la izquierda.

2. *El cambio político realizado en nuestro país ha sido profundo y sincero*

Habían transcurrido casi tres años desde la llamada telefónica del rey en julio de 1976 para una entrevista que sería decisiva en la vida política de Suárez. Javier Cercas ha narrado de manera notable este capítulo de la pequeña historia de España “Entró, pero no vio a nadie, y en aquel momento pudo experimentar una aguda sensación de irrealidad, como si estuviese a punto de concluir bruscamente una representación teatral que llevaba muchos años interpre-

tando sin saberlo. De ese segundo de pánico o de desconcierto lo sacó una carcajada a sus espaldas; se volvió: el Rey se había escondido detrás de una puerta de su despacho. Tengo que pedirte un favor, Adolfo, le dijo a bocajarro. Quiero que seas presidente del gobierno. No dio un alarido de júbilo: todo lo que consiguió articular fue: joder, Majestad, creí que no ibas a pedírmelo nunca.”¹³

Ahora, en aquel viernes 30 de marzo de 1979, se presentaba en la Sesión Plenaria de Investidura del Congreso de Diputados, con plena legitimidad democrática a exponer su programa para el futuro gobierno y solicitar el voto de confianza de la Cámara. Dos días antes el Rey lo había propuesto como candidato a la Presidencia del Gobierno, luego de cumplir lo establecido en el artículo 99 de Constitución: “...vengo en proponer al excelentísimo don Adolfo Suárez como candidato a la Presidencia del Gobierno. La Zarzuela, 28 de marzo de 1979.” Aquel rifirrafe del inicio de la Sesión de Investidura no alteró el garbo del político de Ávila, que veía alcanzada su meta de convertirse en el Presidente de la transición democrática de España.

Sus palabras iniciales permiten comprender la apuesta de Suárez “*El cambio político realizado en nuestro país ha sido profundo y sincero. Pero ahora comienza un nuevo período; comienza una etapa de transformación profunda de la sociedad.*” Desde el inicio de su intervención no oculta el interés por las reformas de la sociedad española. “*Se trata, por consiguiente, de saber realizar el cambio social con sinceridad, conjugando prudencia y audacia y eligiendo también el camino de la reforma responsable y gradual que conformó la realización del cambio político y tal es, ni más ni menos, la expresión última de la voluntad política del próximo gobierno de UCD.*”

Destacó los aciertos de los cambios políticos verificados durante su Presidencia en Funciones y en tal sentido expresó “*El cambio político se verificó en torno a un eje de sensatez consistente en ajustar los ritmos del tiempo sin regatear o eludir los contenidos. Nos proponemos ahora realizar el cambio social en una búsqueda constante de la justicia, demostrando en el terreno de los hechos que la vía reformista es la más adecuada para la transformación de la sociedad.*” De allí que se permita convocar a los Diputados a una misión para la cual se considera responsable “*Con esta voluntad, me permito invitar a SS. SS. a avanzar en la definitiva institucionalización de una democracia a la altura de nuestro tiempo y a vivir la gran ilusión colectiva de la progresiva modernización de la sociedad española.*”

La gran inquietud de Suárez era la aceptación o no de las transformaciones que se proponía realizar en la sociedad española, conocía muy bien las reticencias de una parte y otra para alcanzarlas y el reto no se presentaba fácil para quien intentara esas transformaciones que tocaba aspectos sensibles para los españoles. “*La cuestión, en la realidad, una vez más, consiste en averiguar si, a uno y otro lado del espectro, se aceptara el grado de cambio razonable y posible exigido por las transformaciones sociales y por el objetivo de justicia o se desatará el radicalismo para hacerlo inviable.*” Expresión premonitoria frente a las reacciones de distinta naturaleza que iban suscitar los cambios planeados entre las facciones radicales de uno u otro bando.

Suárez plantea claramente los desafíos que se avizoran en el horizonte “*El reto actual consiste en admitir que somos como somos, en empeñarnos en mejorar cada día y en levantar el país a base de trabajo, capacidad autocrítica y espíritu de sacrificio. La nueva frontera, en una palabra, no está lejos de nosotros, sino dentro de todos y cada uno de nosotros mismos. Hemos de saber encerrarnos en esta identidad definitoria para plantar sólidamente*

¹³ Cercas, J. *Anatomía de un instante*. (2009). Barcelona: Literatura Mondadori, 400, pp. 355-356

las raíces del gran pueblo que todos juntos podemos ser.” La experiencia de los primeros años de la transición había hecho de Suárez un hombre tolerante y dialogante, características que lo situaron como la persona indicada para dirigir el primer Gobierno de la democracia española. De allí su claridad para expresar que la “nueva frontera” no está lejos, sino dentro de cada uno de nosotros mismos. En otras palabras la transformación de la sociedad española pasaba por la voluntad de los ciudadanos de apartarse de la diatriba estéril para abocarse a los retos que imponía la nueva realidad. Seguidamente afirmó *“Y tenemos la voluntad, fortaleza y experiencia política para serlo. La oportunidad histórica para lograrlo se conjuga ciertamente con una serie de dificultades económicas y sociales que podrían tratar de impedirlo. Más lo que importa es elegir correctamente y apostar por la justicia y la equidad con tenacidad y con eficacia en vez de turbarnos por el verbalismo y la frivolidad.”*

Suárez sabía que no bastaba que España se hubiese dado una Constitución progresista, no bastaba tener un Gobierno legítimo y unas Cortes Generales, *“Hay que añadir que los españoles estamos decididos a consolidar una democracia cuyos contenidos reales estén perfectamente sintonizados con los valores sociales de nuestro tiempo.”* Suárez apuntó al centro de la diana al afirmar que la consolidación democrática pasaba por dotar de “contenidos reales” las transformaciones sociales y políticas, en otras palabras dejar atrás la retórica y la facundia para alcanzar *“...una democracia social, fiel a los acentos de modernidad de un sistema político que inicia su andadura en el último tercio del siglo XX.”* Tarea exigente que en opinión de Suárez *“no ofrece treguas ni ocasiones para la comodidad”*

A. *Nuestro verdadero compromiso está, pues, identificado con el futuro*

Y el futuro se encontraba diseñado en la Constitución aprobada por el 88% de españoles que participaron en el referéndum aprobatorio, de esta manera Suárez se va a referir a una de las características del nuevo texto fundamental en el sentido de que *“...por primera vez en nuestra historia, la Constitución no sea únicamente una solemne declaración de derechos, sino el fundamento efectivo de una democracia estable y justa. Entendemos por ello que el sistema de derechos y libertades que perfila la Constitución es el obligado punto de referencia para la modernización de nuestro país, para la consecución de una sociedad libre de viejas ataduras y de los privilegios y desigualdades que han caracterizado la estructura social española.”* Esta visión de Suárez de colocar a la Constitución como el norte de la modernización de España, fue un reconocimiento a la clase política por el singular acierto de dotar al país de una moderna Constitución, y por otra parte fue un llamado a no olvidar esa experiencia de convivencia democrática en esa nueva etapa que apenas se iniciaba.

La aprobación de la Constitución de 1978 puede considerarse como el momento culminante de la transición, de allí la acertada expresión *“Creo que la profundidad, la serenidad y el rigor con que se ha realizado en España el cambio político constituyen suficiente garantía de que podemos efectuar la modernización de la sociedad española sin convulsiones ni sobresaltos.”*

Suárez plantea que no es su deseo imponer desde el poder un modelo preconcebido de organización social, sino al contrario establecer un cuadro institucional que garantice *“la libertad y la participación ciudadana y estimule la aportación de todos a la vida colectiva.”* Seguidamente expresa uno de los principios del humanismo cristiano, por algo las distintas fracciones políticas de la democracia cristiana española le habían brindado su apoyo *“Para nosotros, la persona es el fundamento primario y el objetivo último de toda acción política y la sociedad el espacio en el que naturalmente se desarrolla la libre iniciativa personal que engendra el verdadero progreso. Creemos, en una palabra, que la política debe ser una parte noble de una sociedad viva y actuante, no su condicionante o el inicio de su disolución en el seno de una organización burocratizada y deshumanizante.”*

La política de Suárez estaría enmarcada bajo la vigencia de dos grandes presupuestos implícitos dentro de la esencia democrática: “**Primero.** *La necesidad de que todas las fuerzas políticas contribuyan al planteamiento y resolución de los grandes problemas nacionales desde su respectiva órbita ideológica y desde la responsabilidad que les corresponda en función de la posición que asuman en el sistema institucional.* **Segundo.** *El firme criterio de UCD como primera fuerza política de no pretender en modo alguno un papel exclusivo de cara al desarrollo de la Constitución, pero sí de hacer valer el imprescindible condicionamiento democrático de que semejante desarrollo sea afrontado básicamente desde los planteamientos contenidos en su programa electoral porque tal ha sido el mandato surgido de las urnas.*”

Suárez con expresión solemne declaró que el consenso ha terminado y expresó su personal reconocimiento por su contribución al proceso constitucional “...*la historia juzgará el consenso constitucional como uno de los pilares básicos de la España moderna.*” De esta manera la discusión parlamentaria, la confrontación política e ideológica entre los diferentes Grupos, se convertiría, como es lo usual en la democracia, en la regla en los debates del Congreso de Diputados.

Sin embargo Suárez precisaba para la realización de su programa político de un piso parlamentario que le permitiera avanzar en los cambios propuestos. De allí que explicó que si bien se trataba de desarrollar un “*programa de Gobierno concebido bajo la óptica de un programa de partido y coherente con la palabra comprometida ante el electorado, pero que pretende servir honestamente a la totalidad de los españoles y a los intereses generales del país.*”, tarea nada fácil para un Presidente de Gobierno en un país que apenas despertaba a la vida democrática. De allí que se vio obligado a plantear temas que difícilmente pudieran encontrar resistencia en el Parlamento. Comienza afirmando que su programa centrista perseguía incorporar a España a la vida europea, que se proponía la defensa del modelo de la sociedad occidental, la inspiración en la ética y en los valores del humanismo cristiano y la asunción del sistema de economía de mercado, naturalmente corregido por los objetivos sociales señalados en la Constitución.

B. *La libertad nunca se alcanza plenamente*

“*La libertad nunca se alcanza plenamente. Es preciso afianzarla, promoverla y extenderla a nuevas parcelas.*” Suárez reflexiona sobre aquellos que temen que el ejercicio de la autoridad sea una tentación al autoritarismo y por tanto pueda afectar la libertad individual y social. Plantea potenciar la capacidad de auto organización de los entes sociales, la transferencia de funciones, la descentralización de competencias y el ejercicio pluralista del poder, frente al paternalismo que considera al pueblo en minoridad de edad. En otras palabras propone un ejercicio democrático de la autoridad y para lograrlo se requiere una participación ciudadana a través de las sociedades intermedias. El cambio social propuesto se fundamenta en la libertad dentro de un Estado de Derecho diseñado en el texto constitucional. “*Hemos modernizado la institución estatal al instaurar un Estado de Derecho y ahora nos corresponde modernizar la sociedad mediante el impulso del cambio social.*”

El cambio propuesto no era tarea fácil para un Gobierno incipiente, fuerzas ocultas de los extremismos y de sus enemigos internos y externos, apostaban al fracaso de la modernización del Estado y de la sociedad española. Suárez señaló con claridad esos retos. “...*vamos a tratar de destruir la rígida separación entre la España de la riqueza y la España de la miseria, entre las regiones ricas y las regiones atrasadas, entre la ostentosa opulencia de unos pocos y la marginación y la pobreza de miles de familias a la espera de seguridad, de trabajo, vivienda y educación.*” Suárez apuntó a fortalecer y empoderar a la clase media española para convertirla en el factor dinamizante de los cambios sociales y en el principal soporte de su Gobierno.

El programa de gobierno explicó el político, busca “*poner las bases de una sociedad más próspera y radicalmente más justa que la sociedad anterior, que la propia sociedad actual (...) El Gobierno de UCD no va a hacer, desde luego, una política revolucionaria, pero realizará reformas profundas y rigurosas que modificarán seriamente las estructuras de nuestro país.*” Aprovechó para explicar la sustancia de un partido de centro “*de raíz popular, interclasista, surgido en el seno de una sociedad industrial y ajeno, por tanto, a una concepción bipolar del antagonismo social, contestamos con la coherencia de un programa de gobierno progresista y reformista que supondrá, si el acierto preside nuestras decisiones, un progreso social cierto. (...) El Gobierno realizará una política al servicio de todo el pueblo español, procurando que ninguna pretensión legítima deje de ser defendida ni ninguna causa desoída.*”

Afirmó Suárez que la sociedad española exige un proceso de clarificación, para comprender la situación de España, sus problemas reales y concretos, así como para conocer las propuestas para afrontarlos. España requiere saber hacia dónde va y hasta donde se quiere llegar, una vez superada el proceso de transición y “*el asentamiento previo e inevitable de unas bases para la convivencia democrática...*” Clarificación que debe llevar “*a asumir con plenitud la realidad tal y como creemos que es, a reconocer en toda su dimensión la magnitud de los problemas existentes y a afrontar exigentemente su solución en el marco de una concepción realista tan alejada de un conservadurismo que subordina, desvirtúa o elude los requerimientos de la justicia, como distante del idealismo utópico que ignora los imperativos y obstáculos de una realidad testaruda que la mera fuerza de las ideas o de los propósitos bien intencionados no puede por sí sola diluir.*”

Los planteamientos de Suárez conducían a proponer que pese a la acumulación de difíciles problemas que hacen compleja la acción del gobierno, se abre también una puerta a la esperanza, pues ahora se cuenta con un cauce de solución en la Constitución “*...y mediante una firme actuación política que sólo también ahora puede desarrollarse bajo el imperio de la certeza y seguridad jurídica de que antes carecíamos por resultar inaplicables o inadecuadas las leyes entonces vigentes o por ser estas contradictorias e incompatibles con los propósito y objetivos que perseguíamos.*”

Sin duda se refería a los enormes esfuerzos realizados con las diferentes fuerzas políticas e institucionales durante el período de la transición, para diseñar e instrumentar el andamiaje jurídico necesario para abrir los cauces de la transformación política de España.

C. Seis grande coordinadas en la política del nuevo gobierno

La complejidad de la situación obligaba a Suárez a adaptar su programa para los próximos cuatros años, a las expectativas y esperanzas despertadas en el pueblo español a raíz de las elecciones del 3 de marzo de 1979. En tal sentido presentó seis grandes coordinadas dentro de las cuales debía desenvolverse la política del nuevo gobierno.

Primera, la definición y ejecución de una política exterior que asuma los factores geopolíticos que la condicionan sin perjudicar la independencia de la acción internacional. Política realista, activa e independiente, partiendo de las transformaciones operadas en España, pero capaz de potenciar la acción internacional en un mundo interdependiente y en proceso de transformación. Política encaminada a garantizar la seguridad y la independencia y a “restablecer la recuperación de Gibraltar nuestra integridad territorial”. La mención de la recuperación de Gibraltar fue sin duda un claro mensaje a las fuerzas armadas y al espíritu patriótico de los españoles. Seguidamente se refirió al aseguramiento del suministro de materias primas y productos energéticos y a su compromiso con la construcción de un mundo más libre, pacífico, seguro y justo.

Manifestó su convicción del mantenimiento de la paz y su posición contraria al uso de la violencia, privilegiando el entendimiento, la solución pacífica de los conflictos y la distensión internacional, todo ello sin olvidar que se vive en un mundo donde persisten confrontaciones, conflictos y tensiones. Recordó que España está incluida en el dispositivo estratégico occidental a través del Tratado Bilateral con Estados Unidos, el cual a su vencimiento deberá adaptarse la nueva realidad.

Ratificó la posición de UCD de la adhesión de España a la Alianza Atlántica, tomando en cuenta los condicionamientos derivados de las peculiaridades de España. Le corresponderá al Congreso de Diputados debatir el tema *“Porque, en verdad, son múltiples los factores de tipo económico, militar y político que tienen que ser sopesados y muy variadas las soluciones posibles a que pueden llegarse en cada uno de estos terrenos.”*

“España quiere estar presente con plenitud de derechos en las Instituciones europeas” por eso las negociaciones para incorporarse a las Comunidades tienen el propósito de aportar ideas y realizar esfuerzos para alcanzar los objetivos de los Tratados Fundacionales. Suárez despeja dudas al afirmar que *“La inserción de España en Europa es plenamente compatible con nuestra identidad iberoamericana, que habrá de adquirir nuevas dimensiones.”*, en tal sentido afirmó que *“El capital que supone nuestra comunidad cultural, histórica y lingüística nos permitirá hacer ver a las Comunidades Europeas que, en nuestra opinión, quedan mutiladas si abdican de establecer una estrecha relación de colaboración con Iberoamérica.”* (negrilla agregada). De allí su compromiso de impulsar el Centro Iberoamericano de Cooperación para contribuir con los diversos sectores Iberoamérica.

El Mediterráneo y el norte de África, no escapan al interés del político abulense, en tal sentido afirmó que la ubicación geográfica de España *“exige adoptar en esta zona geográfica una posición imaginativa y abierta para contribuir al logro de una solución pacífica que tenga en cuenta todos los intereses de la región.”* Sin descuidar ni limitar la acción en el resto del continente africano dado la complejidad de los intereses españoles y de los que nazcan como consecuencia de la incorporación a las Comunidades Europeas. Igualmente anunció la presentación a la Cámara de una Ley de Cooperación Técnica que pueda aportar a los países más necesitados no solo ayuda financiera sino la contribución de profesionales y de su tecnología.

Otro aspecto de la política exterior se refirió a la protección de los españoles en el extranjero, pues *“ningún objetivo más noble puede pretender nuestra acción en el extranjero que la defensa y protección de los intereses de aquellos españoles que, alejados de su tierra, tienen que desarrollar su actividad fuera de su país.”* Se refirió por igual a emigrantes y residentes para ofrecerles la adecuada protección y asegurarles sus derechos políticos, laborales y sociales y facilitarles la adecuada asistencia social.

Suárez planteó una actitud positiva y constructiva frente a los problemas mundiales, por la singularidad de España y por su papel de potencia intermedia que le puede permitir una función de acercamiento entre posiciones encontradas. Esos temas incluyen el aporte en los esfuerzos del desarme; en el establecimiento de un nuevo orden económico internacional más justo, basado en el desarrollo integral de la persona; una actitud a favor de la salvaguarda y protección de los derechos humanos *“convencidos como estamos de que el orden político y la paz social no pueden tener otro fundamento que la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos inviolables que le son inherentes.”*

En resumen afirmó que plantea una política abierta a todos los problemas contemporáneos, liberado de cualquier servidumbre y *“enmarcada por los principios de pleno respeto a nuestra soberanía e independencia y de no injerencia en los asuntos internos de otros países y, una política, en fin, al servicio del pueblo español y de los intereses permanentes de España.”*

Segunda. La realización de una política de defensa nacional en la que las Fuerzas Armadas constituyen un factor de disuasión de respaldo a la acción exterior y en defensa del ordenamiento constitucional.

La relación de Suárez con la Fuerzas Armadas pasaba por momentos difíciles desde la legalización del Partido Comunista Español. Sin duda una de las pruebas más dura de su primer gobierno, esa decisión ha sido calificada como el golpe más audaz de su carrera, o utilizando palabras de Cercas “otro salto mortal político, pero esta vez sin red: la legalización del Partido Comunista.”

De allí que al tratar tema tan sensible como la defensa nacional, expresó “*Quiero subrayar ante SS. SS. Que la Defensa Nacional es responsabilidad de todos los españoles y objetivo prioritario para el Gobierno. Por ello confiere la máxima importancia a cuanto concierne a las Fuerzas Armadas*”. Reiteró su compromiso de cumplir lo expuesto es el programa de UCD sobre la defensa nacional. En tal sentido dijo “*Por su urgencia, el Gobierno concederá prioridad a la acción social, a la regulación de escalas y a la determinación del objetivo de fuerza conjunto.*” En relación a la acción social se comprometió a mejorar la dotación del Instituto Social de las Fuerzas Armadas -ISFAS- y el plan de viviendas en los presupuestos pendientes de aprobación en las Cortes.

En relación a la regulación de ascensos y escalas, se pretende lograr un “*rejuvenecimiento progresivo de los cuadros de mando y dar un esperanzador sentido de carrera a todos los escalones de los mismos.*”

Sobre la determinación del objetivo de fuerza conjunto planteó “*la adopción de la más idónea estructura orgánica, la potenciación de sus efectivos y el logro del factor disuasorio que han de constituir nuestras Fuerzas Armadas.*”

Tercera. La intensificación y ampliación de la acción destinada a garantizar la seguridad ciudadana y hacer más eficaz la lucha contra el terrorismo

La paz ciudadana, la seguridad de las personas, el mantenimiento del orden público que garantice el ejercicio de las libertades es también una prioridad para el Gobierno. Asegurar la tranquilidad de pueblos y ciudades, de domicilios y familias es un “*principio que insertamos como eje básico del programa del nuevo Gobierno*”

Suárez no desaprovecha la oportunidad para reiterar los valores fundamentales de la democracia y del Estado de Derecho, “*La democracia se basa en la libertad y la justicia como valores superiores realizados bajo el imperio de la ley entendida como expresión de la voluntad popular. Por tanto, el acatamiento de sus reglas y de sus leyes, aprobadas en el Parlamento, es una obligación de todos que el nuevo Gobierno hará cumplir del modo más enérgico e inexorable.*”

Suárez, doctorado en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, insiste en que la meta del nuevo Gobierno ha de ser “*el fortalecimiento del Estado de Derecho. Pero para conseguir tal objetivo es preciso rodearle de todos los dispositivos necesarios para que nadie pueda poner en peligro su autoridad y estabilidad. El Estado de Derecho ha de ser en efecto, capaz de prevenir y, en su caso reprimir las agresiones que atenten contra sus fundamentos o contra la conveniencia de los ciudadanos.*”

Los programas de reformas en el campo de la seguridad ciudadana, “*En este sentido junto a la garantía jurisdiccional de las libertades públicas, realizaremos una eficaz política de protección de la seguridad ciudadana y una decidida lucha contra el terrorismo.*”

Para lograr una mejoría en el área de la seguridad ciudadana *“El Gobierno proseguirá su tarea de conseguir una mayor profesionalidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; una más intensa especialización de los mismos para lograr un alto grado de operatividad en todos los campos en los que el delito es más frecuente o atenta en mayor medida contra la convivencia, y, finalmente, la coordinación de todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad a través de un órgano director de la Seguridad del Estado.”*

- La lucha contra el terrorismo

Le correspondió a Suárez mantener y modernizar la lucha contra el terrorismo de ETA y sectores de derecha, en su intervención ante el Congreso plantea reforzar la estrategia y un planteamiento global en función de la defensa de la Constitución. *“El fenómeno terrorista, su complejidad creciente y su alto grado de profesionalización reclama una labor de formación de unidades especializadas en la información y en la acción. Y esto es ya, y seguirá siendo, uno de los objetivos del gobierno con el fin de erradicar esta lacra que se cierne sobre muchos países democráticos, entre los que España no es desgraciadamente una excepción.”*

Cuarta. La búsqueda permanente de un equilibrio social y dinámico que fortalezca el Estado de Derecho y que confiera contenido real a los valores de libertad, igualdad y solidaridad.

Quinta. *“El desarrollo de la Constitución, es decir, la concreta institucionalización legal de todas las dimensiones sustantivas del Estado Social y Democrático de Derecho como forma de organización política de una sociedad pluralista y libre concebida para hombres libres.”*

Sexta. *“La distribución territorial del poder del Estado a través del proceso autonómico para consagrar legalmente la diversidad real de la comunidad española en el marco irrenunciable de la unidad nacional de España y bajo el imperio de la soberanía única del pueblo español.”*

- Nuestra crisis es parte de la crisis económica mundial

Suárez ubica los problemas de la economía española en el contexto mundial, en este sentido expresa que la economía está cada vez más vinculada a los intercambios mundiales y que ya no cabía pensar en programas económicos aislados de la situación económica internacional.

Analiza la grave situación creada por la recesión de 1974-1975 que influyó negativamente en las economías europeas. Las tensiones inflacionistas, los desequilibrios de las balanzas de pago y las alteraciones en los mercados fomentan las prácticas proteccionistas y reducen el crecimiento del comercio mundial, *“introducen importantes elementos de incertidumbre y riesgo en los mercados financieros internacionales.”*

Agrega que no solo pesa la crisis internacional, sino que además tienen que afrontar *“la existencia de problemas procedentes de un prolongado tiempo en que se mantuvieron latentes y ocultos en la gran expansión mundial de los años 60, pero que han aflorado a la superficie con la crisis económica y el cambio de sistema político.”*

El problema del paro como una realidad oculta, el recurso a la emigración masiva escondía la incapacidad de la economía española para ofrecer puestos de trabajo a quienes llegaban a la edad laboral. Los desequilibrios regionales e industriales, que estaban solapados *“tras las cifras de un desarrollo cuantitativo; pero se han manifestado en toda su gravedad cuando la crisis mundial ha puesto de relieve la importancia de un crecimiento equilibrado.”*

Suárez apuntó a uno de los problemas que confrontaba la economía española y Europea consecuencia del Estado bienestar, “la gran rigidez en el sistema de relaciones laborales como contrapartida de la negación del derecho a la huelga y de los derechos sindicales, rigidez incompatible con el normal funcionamiento de una economía moderna, flexible y progresista y de una sociedad en proceso de integración en Europa y en la que la Democracia está institucionalizada y las libertades garantizadas.”

Frente a esa situación plantea no caer en la tentación de programas llenos de promesas de imposible cumplimiento: rápida soluciones al paro, eliminación de la inflación y sencillas reestructuraciones industriales. Con un gran sentido realista y de responsabilidad como gobernante expresó “*Un planteamiento responsable no puede caer en esa tentación; primero, porque un Gobierno no puede generar en la sociedad expectativas que no se pueden satisfacer, y segundo, porque es preciso apelar a esfuerzos todavía importantes que la sociedad española ha de realizar para remontar los problemas actuales.*”

D. *Nadie va a regalarnos el futuro*

“*Tendremos que conquistarlo con un esfuerzo solidario de todos los españoles. Encauzados por una política ambiciosa pero realista.*” Política económica que planteaba a mediano plazo. Pues reducir la inflación de sus altos niveles a los niveles de los países industriales requiere un esfuerzo continuado; crear cientos de miles de nuevos empleos debe plantearse mediante un esfuerzo constante para que sea un proceso sin retroceso. Los problemas de reestructuración exigen tiempo para resolverlos sin traumas mayores. “*Esa programación a medio plazo ha de estar inspirada, al mismo tiempo, en el objetivo de facilitar el ingreso de España en la Comunidad Económica Europea, tema que el Gobierno prestará una atención prioritaria.*”

Suárez encajaba el desarrollo económico español con el ingreso a la Comunidad Europea, sabía que no era tarea fácil pero trataría de combinar los intereses de los actores sociales y económicos involucrados. Es así como se atreve a plantear que “*Durante los próximos cuatro años, la política económica habrá de dar respuesta duradera a las grandes cuestiones que tiene planteada la economía española en la perspectiva del ingreso de España en la CEE.*”

Política de empleo. La creación de empleo constituye uno de sus mayores retos, tomando en consideración factores tales como el crecimiento de la población activa, el trasvase previsible de la población activa agrícola a otros sectores productivos y en tal sentido propuso entre otras cosas: Reducción de la inflación a tasas compatibles con un crecimiento elevado y estable; Eliminación de trabas que obstaculizan la eficacia del sistema; Corregir las injusticias, contradicciones y anacronismos del sistema económico-social

Suárez insistió que el elemento básico de una política económica que mejore los niveles de empleo “*consiste en acercar el crecimiento real de la economía española a su tasa potencial, para lo cual es necesario garantizar el respeto de los grandes equilibrios, tanto interno como externo, de la economía.*” De no ser así la inflación y el desbalance en balanza de pagos anularían los progresos alcanzados.

Para alcanzar esos objetivos se requerirá instrumentar una política presupuestaria que aplique los recursos necesarios para las necesidades sociales que acompañan al crecimiento y de esa manera mejorar la calidad del gasto. La política monetaria deberá velar por el respeto a los grandes equilibrios, “*en particular el equilibrio interno de la economía, asegurando al mismo tiempo que la instrumentación cotidiana de la misma no introduzca bruscas modificaciones en las expectativas de los diferentes agentes económicos.*”

La política de reformas en lo social y en lo económico se encuentra detallada en el programa electoral de UCD, sin embargo mencionó las más significativas:

En lo fiscal, las reformas de los impuestos indirectos con la finalidad de reducir las tarifas del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y de sustituir la diversidad actual de impuestos indirectos por el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Continuar la lucha contra el fraude fiscal y continuar la transformación de la Administración Tributaria. Igualmente se plantea la regulación al régimen financiero de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, basado en los principios de solidaridad, justicia, suficiencia y flexibilidad.

En relación a las relaciones laborales se pretende homologar el sistema español con el que prevalece en los países de la CEE. Igualmente se tramitará por el procedimiento de urgencia el proyecto de Ley de Negociación Colectiva; en cumplimiento del mandato constitucional el Gobierno presentará un proyecto de Ley que regule el ejercicio del derecho de huelga y las situaciones de conflicto colectivo y el Estatuto de los Trabajadores.

Las empresas públicas deberán mejorar su gestión para ser más transparentes y eficaces. El Gobierno continuará su política de evitar las déficits de estas empresas, exigiendo cada vez más austeridad y racionalidad en su gerencia.

Proseguir las acciones en el ámbito de la reforma del sistema financiero, para lograr un mejor equilibrio entre el ahorro y la inversión.

El sistema bancario privado funcionará dentro del marco de libertad y competencia. El Gobierno mantendrá el principio de igualdad de oportunidades de acceso al crédito, reforzando el control de la actuación de las Cajas de Ahorro y mediante el eficaz funcionamiento de un crédito oficial, que dé prioridad a la pequeña y mediana empresa.

Seguridad Social su política se dirigirá en tres vertientes:

Riguroso control de los Presupuestos de la Seguridad Social “con asunción gradual por los Presupuestos del Estado de un mayor porcentaje de la carga financiera, hasta asumir un 20% en 1983.

Promover la participación de los beneficiarios en el control y vigilancia de las entidades que componen el Sistema de Seguridad Social;

Mejorar la eficiencia de la Seguridad Social introduciendo criterios de descentralización, medicina preventiva, mejora de la calidad ;de los servicios hospitalarios y acercamiento de la Sanidad a los beneficiarios tanto en zonas urbanas como rurales.

Reconversión industrial, “iniciado con el objeto de aproximar la creación de bienes y servicios a la demanda, tanto interna como externa” Este proceso debe ubicarse en la perspectiva del reto que representa para la industria española la integración en la Comunidad Económica Europea. “*Las acciones que se emprendan deberán contemplar las situaciones específicas de cada sector, otorgándose prioridad a la de aquellos que han sufrido modificaciones irreversibles en su capacidad productiva por la incidencia de la crisis. Las medidas que se adopten deberán situarse en un marco de concertación con las fuerzas sociales afectadas.*”

Sector energético. Uno de los puntos más vulnerables de sistema económico español. El objetivo central conseguir un mayor grado de autonomía e independencia. “*Así, pues, éstas se encaminarán a la máxima puesta en valor de nuestra potencialidad hidráulica, a una explotación adecuada de los recursos carboníferos nacionales, a un empleo racional de la energía nuclear y la consiguiente reducción de la dependencia del petróleo, para así*

disminuir los riesgos de eventuales crisis en el futuro. También se promoverá un fuerte desarrollo de la investigación energética y de forma especial los proyectos relativos a la energía solar.”

Sector agrícola. Suárez plantea que en los próximos años la agricultura española deberá hacer frente al desafío que representa la integración en la Comunidad Económica Europea, y de su respuesta dependerá en buena medida el futuro económico del país. En tal sentido el Gobierno adoptará algunas medidas entre las que se encuentran: Dotar a la población agraria de un nivel de renta creciente, reduciendo las desigualdades entre sectores y regiones; Dotar al medio rural de servicios de sanidad, educación, vías de comunicación, transporte, electrificación rural para procurar equipara los servicios entre las zonas rurales y las urbanas.

Vivienda. Se aplicará la política de viviendas aprobadas en diciembre de 1978, con el objeto de alcanzar unos niveles de construcción en el orden de 300.000 viviendas anuales. Esta política se complementará con actuaciones de carácter urbanístico y fiscal que movilicen la oferta de suelo y recuperen para la colectividad las plusvalías que correspondan.

Investigación científica y tecnológica. La sociedad española ha demostrado su actitud de apertura frente a la innovación, si bien durante años se ha vivido de espaldas al progreso en la ingeniería y en las ciencias. *“Sin un esfuerzo de investigación para desarrollar nuestros recursos, para encontrar y aplicar soluciones más acordes con nuestros problemas, nuestro futuro será mucho menos brillante de lo que hubiera podido ser y sin duda mucho más dependiente de tecnologías ajenas.”*

Consolidar a España entre las principales naciones industriales del mundo. Ello implicará cambios importantes de los agentes económicos *“que deberán concebir sus estrategias en un marco que con frecuencia superará el de nuestras fronteras. En un mundo incierto, nuestra gran oportunidad consiste en afianzar todos aquellos mecanismos que faciliten nuestra adaptación al cambio. Debemos incrementar la movilidad social, favoreciendo las iniciativas individuales y la asunción de riesgos, pues entiendo que, en el marco de la economía de mercado, definido por la Constitución, un empresario dinámico y progresivo es la mejor garantía para que la sociedad alcance cada vez más altas de bienestar social y progreso. Una sociedad en movimiento necesita asegurar constantemente un puente entre la innovación y la tradición, entre el futuro y el pasado”*

La institución familiar. Suárez ratifica uno sus principios centrales del orden social, anterior a la misma existencia del Estado: la familia. *“En efecto, los derechos y obligaciones que surgen de las relaciones de la familia podrán ser reconocidos y armonizados por el Estado, pero de ninguna manera encuentran su fundamento primero y excluyente en la organización estatal. Se trata básicamente de poner en juego los modos concretos mediante los cuales la familia pueda afrontar con éxito los profundos cambios en que, con ritmo cada vez más acelerado, tiene que moverse.”* Anuncia que el Gobierno español *“...realizará bajo esta óptica una reforma en profundidad del derecho de familia vigente para adaptarlo a la realidad social de la familia española de nuestros días.”* Igualmente comunica que el Gobierno en cumplimiento del programa de UCD adoptará un conjunto de medidas destinadas a la protección económica y social de la familia como ámbito natural inmediato del desarrollo de la persona humana y de sus valores básicos, lo que implica una reforma del régimen de ayuda familiar para coordinar y racionalizar diversas disposiciones y sistemas de ayuda existentes.

La educación un compromiso de toda la sociedad. En tal sentido afirma que la enseñanza es un servicio básico en el que todos tienen el derecho y el deber de participar y *“que la elevación del nivel cultural de los españoles constituye objetivo fundamental para la construcción de una sociedad de hombres realmente libres.”* Los objetivos en materia educativa son:

Hacer efectivo el principio constitucional de que todos tienen derecho a la educación. Traducido en políticas que tiendan a la plena escolarización hasta los dieciséis años de edad con una enseñanza de calidad; lograr la gratuidad efectiva de la enseñanza básica hasta los dieciséis años; garantizar que sean los méritos, aptitudes y vocación y no la situación económica de las familias lo que permita el acceso de los escolares al resto de los niveles educativos.

Defender la libertad de enseñanza en su doble vertiente. Por una parte el reconocimiento a los grupos sociales y entidades privadas del derecho a crear establecimientos de centros docentes, dentro del respeto a los principios democráticos y el control de los resultados académicos por parte de la Administración. Por el otro lado el derecho de los padres a elegir libremente la educación de sus hijos.

Defender un modelo de centro educativo participativo, concebido como una comunidad integrada por profesores, alumnos y padres, con roles específicos y responsabilidades compartidas.

Atención especial a la formación del profesorado como factor esencial en el sistema educativo y por su dignificación profesional, social y económica que reclama su cometido en la sociedad.

Intensificar la educación permanente “como medio de realización personal y profesional, así como la educación especial, fijándose como objetivo una mayor escolarización de los niños deficientes en edad escolar.”

En materia universitaria el Gobierno en cumplimiento de la Constitución, remitirá a las Cortes las normas legales para configurar la autonomía de la Universidad

Política cultural en libertad. La política cultural consiste en el fomento de la comunicación cultural en libertad. “El Gobierno se propone luchar por abolir el elitismo y el paternalismo cultural y propiciar una auténtica cultura popular que sirva como cauce para la creatividad de la persona, como instrumento de solidaridad social y como vehículo de promoción de la inteligencia y de la información.”

Programa legislativo. Suárez cita de la Constitución el **Artículo 1. 1.** España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Expresó que a partir de esa proclamación “todo el texto constitucional es en gran medida, en sí mismo, un verdadero programa legislativo destinado a transformar de raíz no sólo la mayor parte de las leyes que integran nuestro ordenamiento jurídico, sino sus fundamentos mismos.” La Constitución apenas había sido aprobada tres meses antes y constituía el cimiento de la nueva organización política, social, económica y militar de España. Sin duda Suárez fue un actor fundamental en el proceso constituyente y no desperdició la oportunidad para reiterar su compromiso como protagonista político con el texto fundamental.

En esta parte de su intervención recuerda algunos principios generales de Derecho Constitucional, al recordar que el orden democrático se organiza institucionalmente en Estado de Derecho y “*no hay orden democrático, es decir, no hay libertad sin instituciones políticas representativas y organizadas que encaucen el pluralismo.*” En este sentido recuerda la *libertad-autonomía* entendida como la ausencia de coacción en la esfera más íntima de la persona humana. La *libertad-participación*, como la expresión de asociar a los gobernados en el ejercicio del poder para impedir actos arbitrarios y la *libertad-liberación* que sería la remoción de obstáculos para alcanzar la libertad y la igualdad y para que cada ser humano pueda desarrollar plenamente su personalidad. “*Por ello, hoy el Estado de Derecho no es sólo la*

expresión institucional de un sistema político destinado a garantizar a los individuos e goce de las libertades que poseen, sino también una forma de organización del poder dirigida a asegurarles el ejercicio de las libertades que aún no poseen.”

De acuerdo con estos principios el Gobierno remitió a las Cortes el proyecto de Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos de las Personas, aprobado el 26 de diciembre de 1978. La esfera de protección inicial comprendió a la libertad de expresión, reuniones y asociación; a la libertad y secreto de la correspondencia, inviolabilidad del domicilio, protección frente a las detenciones ilegales y en general frente a las sanciones en materia de orden público. En febrero de 1978 esta esfera se amplió al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, a la libre circulación por el territorio español, a la libre entrada y salida de España en los términos establecidos en la Ley, a la libertad de cátedra y libertad sindical. Las garantías a que se refiere el apartado 2 del artículo 53 de la Constitución están provisionalmente establecidas, quedando pendiente el procedimiento a que se refiere dicho precepto (amparo de las libertades y derecho reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II de los Derechos y Libertades).

Por otra parte la actividad protectora de los derechos fundamentales quedará completada mediante la regulación legal del Defensor del Pueblo *“que como alto comisionado de las Cortes Generales, podrá supervisar la actividad de la Administración pública y podrá dar cuenta al poder legislativo de los posibles abusos que en el ejercicio de su alta misión pueda llegar a detectar.”*

El Gobierno remitirá a la Cámara los siguientes proyectos de ley:

Libertad religiosa

Estatuto de Radiotelevisión de titularidad estatal para garantizar el acceso de los grupos sociales y políticos más significativos, además de su control parlamentario

Ley Orgánica del Poder Judicial, para garantizar la realización efectiva de los principios Constitucionales de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sujeción al imperio de la ley.

Ley regulador del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, como órgano encargado de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y del interés público y de velar por la independencia de los Tribunales.

Poder Judicial. En relación a las leyes procesales, civiles y penales propuso modificarlas en profundidad para conseguir mayor simplicidad y menor formalismo en las actuaciones judiciales, lo que debe conllevar a una justicia más rápida, menos costosa y accesible. Igualmente propuso una nueva organización del personal al servicio del poder judicial, orientado por criterios de racionalidad y eficacia.; *“una distribución legal de funciones y competencias entre los diversos cuerpos y órganos más concorde con la realidad y con las necesidades actuales (...) y un nivel de retribución adecuado a esa exigencia y a la dignidad de la propia función. Poner en marcha un plan general de instalaciones y medios materiales de la Administración de Justicia.*

Anunció igualmente que enviará al Congreso de Diputados un proyecto de Código Penal, que *“expresé y respalde la necesaria reprobación social de todas aquellas conductas que vulneren e ignoren los valores de la persona y las exigencias mismas de la convivencia. El nuevo Código Penal garantizará el principio del efectivo cumplimiento de las penas terminando con la disolvente disociación entre penas nominales -las impuestas- con las penas reales -las cumplidas-, todo ello sin perjuicio de un progresivo y moderno sistema peniten-*

ciario articulado a través de una Ley General Penitenciaria, capaz de ofrecer oportunidades reales de rehabilitación y orientado a una eficaz preparación del recluso para la ulterior vida en libertad.”

Tribunal Constitucional. Suárez plantea que la garantía suprema del régimen de libertades y de los valores consagrados en la Constitución se encuentra en el Tribunal Constitucional, *“que está llamado a desempeñar –y así lo asumimos- un papel primordial en la configuración y funcionamiento de todo el sistema democrático.”* De tal manera que anunció la presentación a la Cámara del proyecto de ley sobre el Tribunal Constitucional *“para garantizar ampliamente en control de la constitucionalidad de las leyes, el amparo de los derechos y libertades fundamentales y la solución de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí.”* Dicha ley Orgánica asegurará su independencia y su sola sumisión a la Constitución.

El Poder Ejecutivo en su doble aspecto de Gobierno y Administración. En lo que toca al Gobierno se enviará al Congreso de los Diputados las normas reguladoras de su régimen jurídico, así como del Estatuto e incompatibilidades de sus miembros. *“La figura del Secretario de Estado, que adquirirá carta de naturaleza como miembro del Gobierno, será claramente perfilada para que pueda desplegar todas sus virtualidades políticas y funcionales.”*

En lo que toca a la Administración, propuso legislar sobre varios ejes:

Actualizar la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, *“para plasmar y desarrollar operativamente los principios de legalidad en la actuación administrativa, de jerarquía normativa, de publicidad de las normas, de responsabilidad administrativa del Estado y de sus autoridades y funcionarios y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”*

Reformar la Ley de Procedimientos Administrativos para simplificar y hacer más eficaz el régimen de recursos *“así como asegurar la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten y el principio de publicidad de los archivos, salvo los supuestos excluidos por la propia Constitución.”*

Regular la función pública, con un Estatuto que regule el acceso al funcionariado de acuerdo a los méritos y capacidad. *“...las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones y un régimen retributivo justo y diferenciado que se acompañe con la existencia de una auténtica carrera administrativa.”*

Profunda reforma de la Administración Pública. Lo anteriormente expuesto conlleva una profunda reforma de la Administración, no sólo por mandato de la Constitución sino por la necesidad *“de articular la Administración Pública, que demanda un Estado moderno, una Administración Pública en la que los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación no sean bienintencionados propósitos legales desvirtuados por múltiples mecanismos indirectos o por el anquilosamiento de la rutina.”*

Administración Pública Local. Tanto en sus dimensiones provincial y municipal también deberán sufrir transformaciones. *“El principio de autonomía de la vida local que la Constitución garantiza, exige nuevas normas reguladoras de su funcionamiento, de su régimen jurídico, económico y financiero y de su capacidad de decidir en el ámbito que le es propio sin controles legales artificiosos ejercidos desde la Administración Central o desde las futuras Comunidades Autónomas...”*

Estados de alarma, de excepción y de sitio. Suárez plantea la necesidad de una Ley Orgánica que articule los estados de alarma, de excepción y de sitio, para hacer frente a situaciones extraordinarias, tal como lo establece el artículo 116 de la Constitución. *“El Estado de*

Derecho es en realidad un Estado totalmente normativizado. De ahí que el Estado de Derecho lleve en su propia dialéctica la necesidad de un derecho excepcional, es decir, de prever la excepción y de normativizar la excepción misma.”

Distribución territorial del poder estatal. Uno de los puntos álgidos de la nueva democracia española fue la de institucionalizar políticamente la diversidad real de España mediante una distribución consensuada del poder estatal. UCD en su programa electoral presentó una política de autonomías fundamentada en los siguientes criterios:

Articulación jurídica y política del reconocimiento de las singularidades de los distintos pueblos de España “*en el marco de la indisoluble unidad de la Nación española*”

Acercamiento de la Administración a los ciudadanos como “condición de eficacia y abaratamiento de los costes de la gestión administrativa”

Desburocratización de las instancias de decisión y “la atribución a la gestión municipal, provincial y regional de los niveles de responsabilidad que mejor se ajusten a las conveniencias del interés ciudadano:”

La participación del pueblo en las instituciones públicas a todos los niveles.

Por otra parte UCD expresaba la convicción de que la implantación del sistema autonómico establecido en la Constitución, permitiría alcanzar los siguientes objetivos: a) Fortalecer la unidad profunda e irreversible de la nación española; b) Mejorar los niveles de integración social; c) Fomentar la transparencia y el grado de eficacia de la organización política y administrativa; d) Enriquecer la capacidad creadora de un pueblo cuya diversidad cultural le otorga su mayor potencial para acometer grandes proyectos colectivos. Suárez asumía el proceso autonómico “*sin prejuicios ni reticencias desde el estricto cumplimiento de las previsiones constitucionales.*” (negritas agregadas)

El proceso autonómico español. Suárez ubicaba el proceso autonómico como un “*problema profundo de raíz histórica que resurge recurrentemente cuantas veces se ha abierto en España un período de libertad.*” En tal sentido afirmó que es imprescindible admitir dos postulados básicos:

España como realidad histórica y presente, es una nación que se vertebra en una diversidad real de pueblos.

Que el Estado centralista experimenta en todos los países avanzados una aguda crisis por su creciente incapacidad para administrar racionalmente desde un único centro de decisión los asuntos de millones de personas que hoy reclaman del Estado la garantía de su seguridad en todos los órdenes de la vida.

Suárez apuntó que el Estado español ha sufrido un doble proceso de centralización “*De una parte, la centralización inherente a la formación del moderno Estado industrial e intervencionista. De otro lado, la centralización exigida por la prolongada vigencia de un sistema político de concentración de poder. La coincidencia temporal, en nuestro país, de ambos procesos de centralización han dado lugar a la existencia de un aparato estatal desconectado de la auténtica realidad española, escasamente funcional, excesivamente rígido e incapaz de atender adecuadamente las demandas sociales.*”

Se trata de afrontar de manera simultánea un problema histórico, un problema político y un problema funcional “*a los que no cabe encontrar soluciones mágicas ni de eficacia resolutoria inmediata. En la Constitución hemos marcado el punto de partida de un largo camino y hemos trazado un esquema viable dentro del cual habremos de movernos.*”

Prudencia y realismo. *“La prudencia y el realismo son normas de comportamiento exigibles a todos cuando está en juego la propia viabilidad de la Constitución aprobada por el pueblo español y en la que se abre un horizonte de esperanza que no podemos frustrar.”*

La realidad misma se encarga de imponer prioridades y urgencias, las que deben atenderse sin perder de vista los límites que no cabe sobrepasar. Suárez señala que su comportamiento se inspirará en los siguientes criterios:

Respeto estricto de las previsiones constitucionales, valorado en su caso por el Tribunal Constitucional.

Aceptación de ritmos distintos en el acceso a la autonomía en función de circunstancias históricas, sociológicas y materiales, ajustando el contenido de inmediato de los estatutos de pronta tramitación a las posibilidades lógicas de desarrollo y aplicación de la Constitución.

Mensaje de esperanza al pueblo vasco. *“Queremos y esperamos sinceramente que la acción del Gobierno y del Parlamento puedan contribuir decisivamente al propósito, creo que por todos compartido, de pacificación del País Vasco, y a expresar nuestra voluntad de entendimiento de sus problemas. (...) Es preciso, a tal fin, que sepamos mirar hacia el futuro, esforzarnos por conocernos y respetarnos y plantear con sentido de la responsabilidad soluciones viables y suficientes. Ya ello trataremos de contribuir desde el Gobierno, convencidos como estamos de que dentro de la irrenunciable unidad de España, y en el marco de la Constitución, cabe encontrar para el País Vasco unas fórmulas de autogobierno que vengan a satisfacer una vieja aspiración y respeten la tradición y el espíritu de libertad que ha presidido la historia de un pueblo que ha de encontrar en la solidaridad con los demás pueblos de España la justa garantía de sus derechos.”*

Gradualismo, rigor y responsabilidad en la conducción del proceso autonómico. Suárez solicitó estas disposiciones para la conducción del proceso autonómico y *“en especial en la transferencia de competencias mediante leyes orgánicas sucesivas, asegurando la efectividad del principio de solidaridad para que en ningún caso se agudicen las diferencias interregionales.”*

Asunto que mereció especial atención del orador, fue el trato a las áreas deprimidas de España, de allí su compromiso *“Por eso queremos dejar bien claro, desde este mismo momento, que concebimos también el proceso autonómico como medio para conseguir una mejor distribución de la renta nacional, como instrumento para alcanzar un equilibrio territorial más adecuado y como uno de los caminos para corregir las insuficiencias distributivas e inversoras del sistema económico y frenar el excesivo trasvase de rentas que hoy se realiza, por puras razones de rentabilidad, desde las regiones subdesarrolladas hacia los ámbitos industrializados.”*

Suárez resume su propuesta autonómica de la siguiente manera *“...o la configuración autonómica del Estado sirve también a este propósito de justicia y solidaridad, o habremos frustrado una oportunidad histórica en la que centran sus esperanzas muchos millones de españoles, con el riesgo, nada despreciable, de perjudicar gravemente la estabilidad del propio sistema democrático”*

Suárez casi al final de su intervención, vuelve a referirse a que este extenso programa contribuye a clarificar tanto el punto de partida como de llegada de su Gobierno durante la próxima legislatura. *“Desde la Constitución, y a través de la Constitución, perfilaremos un Estado de Derecho y una sociedad democrática y pluralista de tipo occidental, al tiempo que haremos frente con toda decisión al conjunto de problemas que hoy singularizan la situación de nuestro país.”*

El artículo 9º de la Constitución precisa Suárez “*Confiere este precepto a los poderes públicos la atribución de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales; de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Podría decirse que tal declaración Constitucional, formulada al tiempo que se afirma la vigencia de la economía social de mercado, sienta las bases para la consecución de una democracias social avanzada que como la democracias política clásica, reposa en los derechos del hombre, pero entendidos como exigencias sociales, económicas o culturales y cuyo contenido se fija en función de unas necesidades que deben ser atendidas para que la libertad sea real.*”

Termina recordando al Presidente Roosevelt en el mensaje sobre las cuatro libertades pronunciadas el 6 de enero de 1941*, en que fijó el ideal del mundo libre. “*Desde este planteamiento es posible edificar un Estado y construir una sociedad y siempre por el camino de la reforma como método que singulariza la acción de gobierno de los partidos centristas. Propiciaremos siempre e impulso responsable hacia adelante frente a las tentativas de inmovilismo; el avance frente al conservadurismo irracional y el progreso conforme al curso de la Historia frente a los planteamientos antihistóricos.*”

Suárez finaliza su intervención afirmando su compromiso de contribuir a crear un orden social dinámico, progresivo y solidario que, por favorecer la libertad plena y real de los seres humanos contemplados en sus concretas circunstancias vitales, sumerja a España plenamente en el proceso de la Historia, entendida como historia de la libertad de los hombres.

Sus palabras finales son para solicitar la confianza de la Cámara.

E. Desarrollo de la votación nominal

El Presidente Interino anunció que el número de escaños cubiertos en la Cámara es de **350** y que en consecuencia el número de votos necesarios para que el candidato propuesto obtenga en primera votación la confianza de la Cámara es de **176**.

Seguidamente se procedió a la votación, para lo cual insaculará¹⁴ el nombre de uno de los Diputados a efectos de seguir, a partir de él, el orden alfabético de acuerdo al Reglamento. La votación comenzó por Julio Ulloa Vence, se seguirá el orden alfabético y, una vez terminada la lista se continuará a partir del primero. El Gobierno y la Mesa votarán al final. Seguidamente y de acuerdo al artículo 71 del Reglamento, ningún Diputado podrá ausentarse del salón de sesiones.

El Presidente Interino procedió a dar el resultado de la votación, luego de la revisión de una abstención. Votos emitidos **340**, es decir ha habido **10** ausencias. Votos favorables al otorgamiento de la confianza, **183**; votos desfavorables al otorgamiento de la confianza, **149**; abstenciones, **8**.

El Presidente Interino anunció lo siguiente: “*En consecuencia, el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorga su confianza al candidato don Adolfo Suárez González.*” (Negrilla agregada)

¹⁴ Insacular de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española es “Poner en un saco, cántaro o urna, cédulas o boletas con números o con nombres de personas o cosas para sacar una o más por suerte.”

* Cuatro libertades humanas esenciales: libertad de expresión, libertad religiosa, libertad de vivir sin penuria y libertad de vivir sin miedo

3. *Intervenciones de los representantes de las distintas formaciones políticas*

El Presidente Interino procedió a abrir el turno de las intervenciones en orden inverso al de su importancia numérica.

Barrera Costa, Heribert (Ezquierda Republicana de Cataluña) Voto negativo. En su intervención expresó “porque el discurso del señor Suárez de esta mañana no me ha convencido. En realidad, más que la exposición de un programa de Gobierno ha sido más bien, en casi todas sus parte, un catálogo de problemas a resolver, sin que el señor Suárez dijese ni cómo ni cuándo podía encontrar solución a los mismos” Mencionó en su exposición que en el discurso hubo omisiones significativas como los problemas ecológicos, problemas culturales y poca profundidad en el problema energético. “Donde el señor Suarez me ha defraudado más ha sido en la sexta de sus grandes coordenadas sobre política general del Gobierno, es decir en su exposición sobre los procesos autonómicos.” Terminó su discurso expresando que “*Esta mañana no le he dado mi voto, pero esto no es obstáculo para que no le desee ahora, sinceramente, muy sinceramente, acierto y suerte, que dure su Gobierno, por poco que gobierne bien. A los verdaderos demócratas no nos aventaja nunca la inestabilidad gubernamental y menos con los graves problemas que ahora padecemos.*”

Bandrés Molet, Juan Ma. (Euskadiko Ezquerria), en su exposición afirmó “Es bueno hacer saber a la Cámara que los nacionalistas vascos de distintas tendencias que hoy nos sentamos aquí con vosotros y los que han estimado que no debían estar presentes aquí, representan en conjunto una gran mayoría de nuestro pueblo vasco; y no esta demás recordar que los que aquí somos una pequeña minoría, minoría a veces inapreciable, allí, en nuestro pueblo, somos mayoría, y mayoría sin cuyo concurso ninguna empresa política es posible.” Más adelante argumentó su voto negativo al expresar “Euskadiko Ezquerria en la mañana de hoy ha votado “no” a la investidura del Presidente Suárez; y lo ha hecho porque el Presidente Suárez no ha prometido, a nuestro juicio, ninguna innovación importante en su política, y las gentes de Euskadiko Ezquerria, nuestras bases electorales, ya conocemos (permitidme que diga que ya hemos padecido) e Gobierno y la política de Unión de Centro Democrático. Ya sabemos lo que dan de sí, y los rechazamos terminantemente.” En la parte final de su intervención dijo “...no queremos para nuestro pueblo vasco la necesidad de un recurso sistemático a la violencia, sea ésta represiva o revolucionaria, o de respuesta; nosotros no queremos que ésta sea la única salida a los graves problemas de Euskadi. Nosotros queremos para Euskadi la normalidad y la paz, y amamos la normalidad y la paz de nuestro pueblo tanto o más que cualquiera de vosotros, porque sufrimos todavía más que vosotros la ausencia de esa paz y de esa normalidad.” Planteó que existe un principio de de solución al problema, y ese principio reside justamente en el Congreso, “se llama para nosotros Estatuto de Autonomía, y espero de todos vosotros, de todo el Congreso, de su Presidencia, de la Mesa, del Gobierno, del partido mayoritario, que se dé esa generosidad necesaria, esa visión política de altura, esa inteligencia precisa para comprender a este pobre pueblo vasco nuestro, a este pueblo pequeño, pero que ha demostrado sobradas veces en su historia que prefiere morirá vivir sin libertades.”

Gómez de las Rocas, Hipólito (Partido Aragonés Regionalista) Voto afirmativo. “Hemos optado por el voto afirmativo a la investidura, sin vinculación permanente alguna a un programa que debe ser e Gobierno quien lo haga bueno. Votamos “si” por las razones siguientes: en primer lugar porque nuestro deseo es, permanentemente, de entendimiento con otros grupos políticos. En segundo lugar, porque es nuestra clara definición ante la alternativa más deseable. En tercer lugar, por nuestra creencia de que esta Cámara debe ratificar las consecuencias naturales de las elecciones del 1 de marzo.”

Piñar López, Blas (Unión Nacional) Voto negativo. “La coincidencia en este caso en el voto negativo no quiere decir identidad en las causas o motivaciones de ese voto, y posiblemente serán distintas las que a mí me han aconsejado votar “no” a la investidura, y otras muy diferentes, y por supuesto muy respetables, las que han aconsejado el “no” a formaciones políticas representadas de forma crecida en esta Cámara.” Argumentó su voto negativo con dos cuestiones de fondo y otra que dimana del trasfondo del discurso del investido y de las líneas maestras de su disertación. En su concepto en los próximos cuatro años no habrá una política de centro, ya que el centro no es una ideología, ni una doctrina, el centro es una postura que precisa de una izquierda y de una derecha “y la verdad es que hoy esa derecha nominalmente no existe en esta Cámara, porque una de las tareas del Gobierno de la Unión de Centro Democrático ha sido precisamente auspiciar a la izquierda y destruir a la derecha, y al destruir a la derecha se ha quedado sin derecha, a no ser que el centro sea precisamente la derecha y bajo el término UCD, término equívoco, se encuentre la derecha efectiva y real.” La segunda razón de principio por la que votó no a la investidura “es porque tengo que apoyarme no en palabras que hacen referencia al futuro, sino en hechos prácticos, en la experiencia vivida. Durante la campaña UCD utilizó la frase “Lo hecho avala el futuro” en concepto de Blas Piñar lo hecho avala un futuro, pero no un futuro de prosperidad, de paz, de bienestar y de grandeza, sino un futuro en el que se va a consumir el suicidio de España y el deterioro de un patrimonio moral, espiritual y económico que España había logrado en años de esfuerzo y sacrificio común.” Finalmente expresó “Como yo estimo que esa libertad real y profunda no se respeta, porque están conculcados y pisoteados esos derechos esenciales y fundamentales de la persona humana, es por lo que yo esta mañana dije que no a la investidura del señor Presidente.”

Sagaseta Cabrera, Fernando (Unión del Pueblo Canario) Voto negativo. La posición del Diputado canario está muy influenciada por el posible ingreso de España en la OTAN. “*A Canarias concretamente en ese pretendido intento de entrar en la NATO sabemos que le va a tocar la peor parte. Y yo les digo desde ahora: el pueblo canario hará todo lo posible por impedirlo, utilizando todos los medios, porque sabemos perfectamente que si se sigue el procedimiento que hoy aquí se ha seguido, de conseguir una mecánica mayoritaria, estamos perdidos.*” Para finalizar expresó “*Sólo unas palabras para recordarles que Canarias está padeciendo una situación de marginación increíble, que exige de todos un esfuerzo muy grande para hacer frente a problemas sociales y económicos urgentísimos, que no los va a resolver la instalación de bases militares, ni el despilfarro de miles de millones de pesetas, como está calculado. Que sean inversiones para la vida y no para la muerte.*”

Aizpún Tuero, Jesús (Unión del Pueblo Navarro) Voto afirmativo. Al razonar su posición expresó: “Mi explicación de voto es sencilla. Nosotros hemos votado, yo he votado en representación de Unión del Pueblo Navarro, que sí. Y lo he votado, en primer lugar, porque creo que no sería en modo alguno realista el tratar de discutir la figura del Presidente cuando representa ampliamente a un grupo mayoritario. En segundo lugar, porque nos ofrece un programa centrista y nosotros somos un partido de amplio espectro que quizá sea debidamente calificado también de centrista, aunque de carácter regional, que queda perfectamente definido por nuestro lema electoral “Nuestro centro es Navarra”.

Rojas Marcos de la Viesca, Alejandro (Partido Socialista de Andalucía) Voto afirmativo. Luego de un análisis de la realidad de Andalucía y su conexión con España, expresó “*A pesar de estos planteamientos, existen en el discurso del Presidente Suárez aspectos positivos en relación muy directa con los intereses del pueblo andaluz y que deben ser destacados porque son ellos los que nos ha movido a dar el “si” a la investidura.*”

En primer lugar, el reconocimiento de la personalidad de todos los pueblos de España en pie de igualdad; en segundo lugar, el compromiso de atacar los desequilibrios económicos y sociales entre pueblos en desarrollo y pueblos en subdesarrollo. Y, por último, la decisión de abordar una política de empleo especialmente dirigida a acabar con el paro estructural, que tan especialmente afecta a Andalucía.”

Benegas Haddad, José Ma. (Partido Socialista de Euskadi) Voto negativo. Luego de un largo análisis de la situación en el País Vasco y de afirmar que *“el Partido Socialista de Euskadi y los socialistas vascos estamos totalmente contra la violencia, a la que no encontramos justificación alguna bajo ningún concepto ni pretexto. Estamos en contra de los que matan, y en contra de los que, diciendo defender las libertades de un pueblo, niegan la libertad de vivir y el derecho a la vida de determinados ciudadanos del País Vasco, o de los miembros de las Fuerzas del Orden Público, que, para los socialistas, son trabajadores del mantenimiento del orden de la sociedad.”*

Finalmente dijo *“Pero lo que si quisiera decirle, señor Suárez, es que por el camino elegido por usted, si no se rectifica, está llevando al País Vasco a un callejón sin salida. Quedan pocas esperanzas de solución del problema vasco. Me temo que la última es el Estatuto de Autonomía. Nosotros, a pesar de todo, a pesar de los esfuerzos infructuosos que hemos hecho, seguimos creyendo en la vía del diálogo y la negociación para resolver el problema vasco frente a las actitudes violentas; pero, señor Suárez, si no se rectifica con urgencia la política por usted efectuada con respecto al País Vasco y que ha motivado nuestro voto en contra, el voto en contra de de los socialistas de Euskadi, el País Vasco no tiene solución y será en la parte que le corresponde su grave responsabilidad histórica y, posiblemente, su mayor fracaso.”*

Arzallus Antía, Xabier (Partido Nacionalista Vasco) Voto negativo. Al explicar su voto negativo dijo *“Hemos votado no forzado por una experiencia y por la realidad de los hechos. No ha supuesto un posicionamiento en bloque, ni mucho menos una rabieta. Ha sido simplemente una conducta consecuenta con la situación de lo que representamos. Si hubiéramos estado ante un hombre nuevo, que careciera de una posibilidad de contraste, tal vez hubiéramos otorgado nuestra confianza en virtud del inagotable optimismo que nos sostiene en nuestro trabajo político. Pero en nuevo Presidente tiene tras sí un pasado difícil y lleno de escollos que hace inevitable la comparación de sus palabras de futuro con realidades pasadas.”* Finalmente señaló *“He dicho que nuestro “no” no implica un posicionamiento de bloques, El hecho de que no seamos un partido con vocación de poder central hace que sean innecesarios muchos roces. Nos ha preocupado, ciertamente, la poca concreción del Presidente de cara a un calendario de aprobación y puesta en marcha de las autonomías...”*

Pujol Soley, Jordi (Convergencia i Unió) Abstención. Comenzó su exposición recordando los criterios que inspiraron la actuación de la Minoría Catalana y que van a inspirar a Convergencia i Unió. *“El primero de esos criterios fue la defensa de una línea reformista, de una línea progresista, no continuista, de la política general española (...) con la conciencia clara de que estábamos construyendo –y estamos todavía construyendo- un Estado, estamos construyendo un nuevo sistema de relaciones entre los diversos sectores sociales, entre los diversos pueblos que componen España. Un segundo punto en el cual se basó nuestra actuación fue la afirmación y el reconocimiento de los derechos nacionales de Cataluña (...) Un tercer punto fue la voluntad, desde nuestra perspectiva nacionalista catalana, de participar eficazmente y lo más constructivamente posible en la política española. Cabría añadir un cuarto elemento, igualmente importante, que fue nuestra voluntad de ayudar a lo que llamábamos la gobernabilidad de España; es decir, nosotros entendíamos que en esos momentos era necesario que España fuese gobernada eficazmente.”* Pujol terminó su intervención expresándole al Presidente que *“no nos ha convencido su discurso programático. Nos ha pare-*

cido verle prisionero de esquemas rígidos; nos ha parecido que rehuía usted compromisos que, a nuestro entender, usted debiera haber contraído y que usted puede contraer. Confiamos y deseamos, y de verdad lo deseamos...que su actuación, demostrará que con el ánimo, repito más de estadista -que no sería la primera vez que demuestra tenerlo- que no de político coyuntural, usted demostrará, digo, que sigue siendo partidario de aceptar los retos básicos que hay para la definitiva consolidación de la libertad y el progreso en lo político, en lo social, en lo nacional, de todos los pueblos de España.”

Fraga Iribarne, Manuel (Coalición Democrática) Voto afirmativo. Fraga estuvo de acuerdo con la oposición de realizar el debate de la investidura previa a la votación de Adolfo Suárez y en tal sentido expresó *“Quiero decir , una vez más, que en un país en que el establecimiento de Constituciones y de regímenes de tipo moderno ha fracasado tanta veces, es absolutamente esencial desde el primer momento que los mismos que hacen las leyes procuren cumplirlas en su espíritu y adaptarse a ellas; llegando al límite, si hace falta, de aquél personaje de la historia griega que, habiendo propuesto como Magistrado que no se entrara en la Asamblea con espada, un día se olvidó y entró con ella al cinto. Cuando alguien se lo hizo notar, el mismo se ejecutó en aquella ocasión con su propia espada.”* Al explicar el sentido de su voto dijo *“Como en las tres horas de reflexión no hemos tenido una copia del discurso, no voy a entrar detenidamente en su estudio. Voy a decir simplemente lo que hemos votado. Hemos votado la investidura, como anunciamos en su día, en función del supremo interés nacional, esperando así dar un margen suficiente de maniobra al Gobierno para no entrar en pactos contrarios al mismo y para contribuir a una orientación favorable de su política. Más que confianza en el sentido estricto, hemos abierto un crédito de esperanza. Lo que no hemos votado, por supuesto, es un compromiso permanente de mayoría.”*

Reventós Carner, Joan. (Partido Socialista de Cataluña) Voto negativo. Comenzó su exposición manifestando su inconformidad por el procedimiento que se utilizó para la tramitación de la sesión, esto es la falta de debate al discurso programático del candidato a la presidencia del Gobierno. Luego procedió a explicar su posición *“Para explicar nuestro voto negativo tengo que examinar la declaración formulada por el candidato a la Jefatura del Gobierno. Lo primero que debo decir es que no ha sido propiamente una declaración programática. El carácter generalizador con que ha tratado los problemas, la abstracción en que ha incurrido en la mayoría de los casos, hacen de él un mensaje falto de formulaciones concretas y precisas sobre la acción de Gobierno. (...) Quiero añadir, para acabar, que el partido de Gobierno tiene que saber y el Gobierno tiene que saber que pediremos que la tramitación del proyecto de Estatuto se haga de manera inmediata; que no aceptaremos recortes basados en fines partidarios; de la misma manera que denunciaremos todas aquellas dificultades, cada vez más crecientes, por los retrasos en las transferencias, en que se encuentra el ente autonómico catalán, la Generalitat. Hoy las autonomías no son una cuestión localista, son una cuestión de Estado.”*

Carrillo Solares, Santiago (Grupo parlamentario Comunista) Voto negativo. Sus palabras de inicio fueron para lamentar *“el espectáculo que ha dado esta Cámara hoy y que ha dado precisamente, como consecuencia del “diktat” de su Presidencia y por añadidura del partido de UCD, el espectáculo que está dando es verdaderamente lamentable, y a estas horas me imagino que el investido es el primero que quizá está arrepentido de que las cosas se hayan producido de esa manera, porque sois vosotros los que habéis deslucidos esto que debía ser un acto solemne, una afirmación de democracia, de auténtica vida parlamentaria, y lo habéis convertido en un trámite formalista que recuerda otras Cortes que ni siquiera quiero mencionar.”* Más adelante se refirió con ácidas palabras al programa *“Quiero decir algunas palabras sobre el programa (...) Confieso que después de escuchar el programa, he comprendido mejor las razones por las cuáles no queríais debate. He comprendido que ése*

es un programa que no resiste ningún debate, porque, como se ha dicho aquí, no es más que una enumeración de problemas sin ninguna solución. La indigencia de ese programa nos hace no reconocer al Presidente Suárez que hemos visto en otras ocasiones. (...) En realidad, el señor Suárez, con ese discurso, aquí va a estar muy solo, con sus ciento sesenta y tantos Diputados, que no son la mayoría de la Cámara, señores, y, desde luego, que representan a una minoría, y a una minoría reducida del país. (...) Hemos votado en contra del señor Suárez porque España necesita una política distinta a la que él ha anunciado aquí, que vendrá, que vendrá cuando fracase ésta, y que ojalá, señores, no venga demasiado tarde para este país. Nada más.”

González Márquez, Felipe (Partido Socialista Obrero Español) Voto negativo. Al igual que los otros Grupos de la oposición rechazó el mecanismo de no realizar el debate parlamentario antes de la votación de investidura, en tal sentido expresó *“Quiero también decir que la lógica democrática hubiera exigido un debate que, lamentablemente, se ha hurtado a la Cámara y que condiciona gravemente el pronunciamiento responsable del resto de las formaciones políticas. (...) Mi intención en nombre de la formación política que represento, era, sinceramente, la de haber participado en ese debate en torno a un posible contenido programático del discurso del candidato; un debate que no debería tener limitaciones de tiempo, un debate que no debería tener el agobio de la hora, un debate que debería permitir sucesivas intervenciones y que, probablemente, ni siquiera permita que se rectifique, en el caso de que el candidato quiera hacer alguna alusión a alguna de las cosas que se han dicho aquí, según la interpretación restrictiva y, a mi juicio, poco democrática que del Reglamento se ha hecho hoy. Por consiguiente, un debate que no es un antidebate, una especie de coreografía que nada tiene que ver con la intención de asentamiento de la democracia que todos pretendíamos. (...) Yo sintetizaría en tres grupos las razones que nos han conducido a esta decisión final, en orden creciente de importancia. Han sido razones de forma, han sido razones de falta de confianza en la persona designada y en el grupo político que lo respalda, y han sido razones de discrepancia con el contenido del discurso pronunciado. (...) ya se ha dicho aquí que, salvo la Unión de Centro Democrático, todo el mundo esta mañana era partidario de un debate.... De tal manera que hoy se inició la sesión con una derrota moral y material del Gobierno, subsanada después con el apoyo de algunos Grupos Parlamentarios o algunas formaciones políticas, a las que, evidentemente, respeto en su decisión.”* González atacó fuertemente a Suárez en cuanto a sus convicciones democráticas, afirmando que la confianza de los socialistas ha disminuido en esos días y que se preguntan si el candidato es el mismo que hace cuatro años invocaba la figura de Franco cuando asumió la Vicesecretaría General del Movimiento. González se refirió críticamente a varios asuntos expuestos en el programa presentado por Suárez. Un ejemplo de ello la oposición de los socialistas a la entrada de España en la Organización del Atlántico Norte (OTAN). *“...nuestro rechazo a que España se comprometa, cuando ha salido siempre de ese compromiso a lo largo de su Historia y en todos los avatares de de ella, con ningún tipo de bloque militar que condicione su independencia, que condicione su capacidad de maniobra en el campo de las relaciones internacionales y, a veces, incluso, en el campo de la política interior.”* Finalmente mencionó que *“No se ha dicho nada de la energía nuclear, del control de precios, de la devolución a los trabajadores de bienes acumulados durante cuarenta años y otros expropiados por el régimen anterior; de la defensa de los consumidores, del medio ambiente, de la política científica de que tan necesitada está el país. Y en el desarrollo de la Constitución se ha dicho algo verdaderamente sorprendente: las autonomías municipales tendrán que nacer de un desarrollo legislativo posterior a la Constitución.”*

Pérez-Llorca Rodrigo, José-Pedro (Unión del Centro Democrático) Voto afirmativo. Le correspondió a Pérez-Llorca salir al paso de alguno de los señalamientos realizados al orden del día de la sesión de Investidura y al Programa presentado por Suárez. *“Nosotros*

hemos presentado un programa electoral coherente con nuestros postulados del Congreso del partido. Ese programa electoral ha sido endosado por la mayoría y no nos podemos arrepentir de haber ganado las elecciones. Y, por tanto, nosotros sólo tenemos que decir que con un programa de Gobierno que está, básica y fundamentalmente, concebido como desarrollo de ambos programas, estamos, naturalmente, por lógica y por coherencia, de pleno acuerdo.” En relación a los duros cuestionamientos formulados por los parlamentarios de la oposición señaló *“Quien haya estado, como yo, escuchando lo que se ha dicho desde el principio hasta el final, podría deducir que nuestro país y el Parlamento se encuentran con un panorama desolador.”* Igualmente mencionó que Alemania había enfrentado el tema de los debates de investidura de dos maneras. En tiempos de la República de Weimar en la cual hubo debates *“enormemente líricos, retóricos, siempre procediendo a la votación. Hubo una enorme inestabilidad gubernamental. Hubo crisis constante. (...) Y, hubo oradores magníficos, geniales realmente, que, en ese contexto, llevaron a la República de Weimar a donde la llevaron.”* Y, por otra parte hubo en Bonn, cuando ese país salía de una frustración mayor, en circunstancias de gravedad extrema en que *“el Parlamento celebró un debate como éste. Hubo una propuesta. Salió elegido un Canciller por un voto de diferencia; y así nació la República Federal Alemana y el régimen de Bonn.”* El orador expresó que prefería la experiencia de Bonn a la de Weimar y abundó en razones al decir que la Constitución quiso huir de *“esa terrible lacra del parlamentarismo, que es la inestabilidad gubernamental, que es la sucesión de crisis, que es la existencia de Gobiernos débiles...”* Es por lo que se aprobó el artículo 99 de la Constitución inspirado en el sistema alemán actual, *“No se ha eludido un debate, porque ese debate se ha producido en una multiplicidad de actos. Ha habido un debate electoral que no podemos olvidar...ha habido un sistema de consultas. Por tanto, una propuesta, y, en pura técnica parlamentaria, el debate precede a la formación de propuestas. Y aquí la propuesta venía predeterminada por el sistema constitucional. Por tanto, el debate no era necesario. Este era lo constitucionalmente correcto. Y la solución reglamentaria ha sido, a nuestro juicio, también correcta.”* Explicada su posición en cuanto a la discusión reglamentaria del momento de efectuar el debate de investidura, Pérez-Llorca planteó un tema que calificó como *“tentación de la fragmentación”*, y en tal sentido expresó *“Yo no sé hasta qué punto en un debate de investidura hay que resaltar los problemas concretos de específicas regiones españolas, cuando la investidura es una cuestión que afecta esencialmente a la política nacional, o, si se quiere, a la política a nivel de todo el Estado. Sea cual sea la terminología, es evidente que no es fundamentalmente una cuestión catalana o vasca, ni canaria, ni de otras regiones concretas, sino que es una cuestión de toda España.”* En otra parte de sus palabras mencionó que las *“intervenciones han sido tan críticas por esta utilización de los turnos que parece que existen tantos problemas que no hay esperanza, y yo creo, señor Presidente, que a pesar de todo, tenemos que tratar de enfrentarnos responsablemente con esos problemas, de no eludirlos, de decirselos claramente al pueblo, y me alegro de que se hayan afrontado en determinadas intervenciones.”* Finalizando su intervención expresó *“...nosotros queremos que nuestra labor política sea la que asegure que este país pueda vivir, que los españoles puedan vivir, y que todos podamos seguir viviendo en una convivencia digna, pacífica, justa y libre.”*

Suárez González, Adolfo (Presidente del Gobierno)

Comenzó recordando que el programa presentado como candidato a la Presidencia del Gobierno era el programa electoral y de Gobierno de UCD que recibió los votos de la mayoría y por tanto la confianza del electorado. Resulta evidente que en su discurso no estaban todas y cada uno de los aspectos desarrollados durante la campaña electoral, ni mucho menos los graves temas que afecta la convivencia pacífica de los españoles. Suárez ratificó su compromiso de gobernar desde el centro, *“Va a gobernar desde el deseo de servir desde su perspectiva ideológica a todos y cada uno de los españoles. Y va a gobernar, y pienso gobernar*

como Presidente del Gobierno, sin la menor duda, pese a las asperezas, las críticas, los recelos y desconfianzas que pueda suscitar mi persona, mi biografía o mi historia personal. Pienso gobernar con la misma serenidad, con la misma tranquilidad, con la misma conciencia con que he intentado hacerlo durante estos últimos años.”

Se refirió a algunos temas discutidos en el debate, entre ellos el ingreso de España a la OTAN. UCD es partidario de la entrada en la Alianza Atlántica, pero para ello *“tenía que producirse previo a un debate y con la suficiente y amplia mayoría parlamentaria, que respondiera a los intereses nacionales de España, a los supremos intereses de España, y que no pasara por los intereses de una u otra de las grandes potencias que dominan este mundo bipolar.”*

En relación al proceso autonómico y su temor de paralizarlo por parte del Gobierno tal como expresaron algunos Diputados, dijo *“No hemos, en absoluto, preconizado en modo alguno la paralización del proceso autonómico. Hemos dicho que vayan por los cauces normales; se nos ha exigido durante el tiempo pasado, con mucha frecuencia, que diéramos paso que era imposible dar por un Gobierno cuando todavía estaba en discusión una Constitución, y había materias enteramente reservadas para esa Constitución y, naturalmente, en esos terrenos era de imposible cumplimiento por el Gobierno por mucha voluntad política que tuviéramos.”*

En cuanto al país Vasco, expresó que se le había acusado de ser el causante de todos los males que afectan al país Vasco. *“Esta mañana hacía referencia, en un breve mensaje al País vasco, que me satisface que haya sido recogido por el señor Arzalluz, en el sentido de que el gobierno que voy a presidir hará todo lo imposible para que, a través del diálogo, a través del contacto, a través de la confrontación y del parlamento, podamos encontrar, de verdad, las soluciones profundas que necesita y requiere la pacificación del pueblo vasco (...) Lo que no haremos nunca será conectar con aquellos grupos terroristas que intentan la implantación de una República Socialista Independiente Vasca, porque desde luego, por cualquier camino desde el que se intente la secesión española, no van a encontrar la más mínima colaboración, sino todo lo contrario. En todos los Gobiernos que yo pueda presidir.”*

El tercer tema tratado por el Presidente fue el paro y sus consecuencias en el aumento de la delincuencia. Con vehemencia exclamó *“¡Cómo no voy a ser yo consciente de que la existencia de 400.000 jóvenes parados, o de la existencia de ciento de miles de hombres en paro, no produce un aumento de la delincuencia contra la propiedad!”* Y apuntó que ese mal no podía solucionarse en veinticuatro horas, ni en una semana, ni en un año, en tal sentido dijo *“Es evidente que exige una política en profundidad que tienda, fundamentalmente, a eliminar la inflación, que pueda generar la creación de puestos de trabajo con nuevas inversiones, única y exclusivamente con la finalidad última de conseguir que el paro sea erradicado de nuestro país de manera estable, permanente y continuada.”*

En cuanto a los señalamientos hechos relacionados con su pasado franquista y por haber detentado altos cargos en esa Administración expresó. *“Se han hecho, señoras y señores Diputados, algunas afirmaciones que afectan a mi historia personal. No me siento, en modo alguno, ofendido por ellas. No las he ocultado en ninguna ocasión ni en ningún momento de mi vida. Soy un hombre que cuando aceptó la Presidencia del Gobierno de este país, en circunstancias evidentemente poco satisfactorias para la inmensa mayoría de los españoles, y pienso que también para la inmensa mayoría del mundo internacional, asumí e hice un compromiso firme de devolver la soberanía al pueblo español; asumí e hice un compromiso de no protagonizar, sino de trabajar con todas las fuerzas políticas que entonces estaban en la clandestinidad, en el logro de una España que fuera perfectamente habitable para todos los españoles. Dije en mi primera comparecencia pública, cuando solicité el voto de los españoles, para que nadie*

podiera llamarse a engaño, que en la formación política que en aquél entonces acaudillaba se presentan hombres y mujeres que habían servido en el régimen anterior con honor, y hombres y mujeres que habían estado en la oposición democrática al régimen anterior. Y aquella coalición obtuvo un respaldo mayoritario del pueblo español. Naturalmente, sigo sintiéndome orgullosos de mi trayectoria política. No me siento, en modo alguno, deshonesto por la trayectoria política personal que he seguido. He procurado el cambio –ésta es una acusación que se me hace desde sectores mucho más a la derecha- de un sistema autoritario a un sistema democrático, apoyándome fundamentalmente en las leyes que entonces estaban vigentes y siguiendo todos los trámites que en ellas se explicitaban para hacer el cambio político. No me siento, por tanto, ofendido por el hecho de que se me recuerde que he sido Vicesecretario General del Movimiento cuando fue Ministro Fernando Herrera Tejedor; he sido Director General de Radiodifusión y Televisión; he sido Gobernador Civil y Jefe Provincial del Movimiento, he sido Jefe de Sección, Jefe de Negociado. He trabajado mucho. Y ahora soy Presidente del Gobierno y voy a ejercer como tal Presidente del Gobierno; soy un Presidente de Gobierno democrático, amparado por un partido que tiene mayoría parlamentaria, y soy también un Presidente del Gobierno, del primer Gobierno constitucional en este país después de cuarenta años.”

Finalizó su intervención agradeciendo a todos los Diputados y Diputadas que le otorgaron su confianza como Presidente del Gobierno, “*En mi gratitud a todos ellos va implícito también el deseo profundo de no defraudar; la seguridad absoluta de que cumpliremos con rigor nuestro programa y que conseguiremos una España mucho más justa y mucho más solidaria de la que actualmente vivimos.*” (Grandes y prolongados aplausos)

4. *Análisis en perspectiva de la sesión plenaria de investidura de Adolfo Suárez el viernes 30 de marzo de 1979*

La primera Sesión de Investidura del Congreso de Diputados de acuerdo a la nueva Constitución Española se celebró el 30 de marzo de 1979. El artículo 99 del texto fundamental era claro al formular “1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno. 2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara (...)”

Por su parte el Rey Juan Carlos, en ejercicio de la facultad antes mencionada, y previa consulta a los Grupos políticos con representación parlamentaria propuso a Adolfo Suárez González como candidato a la Presidencia del Gobierno mediante comunicación fechada en La Zarzuela el 28 de marzo de 1979.

Suárez con su grupo UCD había obtenido una amplia victoria en las elecciones, sin alcanzar la mayoría absoluta. De lo que se trataba entonces era *gobernar con la misma serenidad, con la misma tranquilidad, con la misma conciencia con que he intentado hacerlo durante estos últimos años*, como lo expresó en su segunda intervención en la Sesión de Investidura. Sin embargo esta tercera presidencia presagiaba vientos tormentosos, y así lo advertía el inicio de la Sesión de Investidura de aquél viernes 30 de marzo de 1979. Una cuestión reglamentaria del orden del día se convirtió en el primer desencuentro entre los Grupos del Congreso de Diputados. La Presidencia Interina en uso de su facultad había dictado una resolución mediante la cual la sesión de investidura se iniciaba con la lectura de la propuesta formulada por el Rey, seguidamente se procedería a la exposición del programa de Gobierno por parte del candidato y se solicitaría la confianza de la Cámara. Inmediatamente después el

Presidente anunciaría cuantos escaños se encontraban cubiertos y el número de votos necesarios para la mayoría absoluta y se procedería a la votación mediante llamamiento nominal, finalizada la votación si el candidato obtenía la mayoría absoluta, se abriría el derecho de palabra a las distintas formaciones políticas. Los Grupos de oposición (Partido Comunista, PSOE, y el Partido Socialista de Andalucía) plantearon por su parte alterar el orden del día para que el debate parlamentario se produjera antes del voto de investidura. Consideraban que “*el voto de los Grupos va a determinarse por el programa que el Presidente del Gobierno presente aquí, y es incomprensible que, sin poder discutir ese programa, el Gobierno nos obligue a votar.*” A esta posición se sumó Manuel Fraga y otros representantes de partidos políticos quienes solicitaron que la moción presentada por el PSOE fuera sometida a votación. Finalmente el Presidente Interino, desestimó la solicitud y ordenó la continuación de la sesión de acuerdo al orden del día establecido.

Uno de los valores centrales de la nueva Constitución fue el espíritu de consenso que privó en las discusiones parlamentarias en las Cortes Constituyentes. Todos los partidos políticos se hicieron mutuas concesiones para alcanzar puntos intermedios en materias de difícil resolución. Venir de un régimen autocrático obligaba a los políticos a dejar de lado enfrentamientos estériles y sectarios para explorar formulas de entendimientos y de acuerdos. Suárez así lo reconoció al comienzo de su discurso *Quizá el consenso ha producido decepciones en ciertos sectores. Y ello requiere que a la ingratitud de las incomprensiones demos la gratitud de la certeza de que la Historia juzgará el consenso constitucional como uno de los pilares básicos de la España moderna.* Sin embargo Suárez consideraba que la etapa del consenso había terminado y que desde ahora se imponía el condicionamiento democrático desde los planteamientos contenidos en el programa electoral que recibió apoyo en las urnas electorales. Este planteamiento al comienzo de un nuevo Gobierno y frente a sus adversarios en el Congreso de Diputados, anunciaba una etapa donde la controversia y el debate se impondría a las formulas exitosas del pasado reciente.

Suárez había logrado gobernar desde julio de 1976, imponiéndose a propios y extraños, gracias a muchos factores entre ellos la confianza del rey Juan Carlos, los acertados consejos de Torcuato Fernández Miranda y a una personalidad carismática y atractiva que le permitía ganarse voluntades aún de los adversarios más recalcitrantes. Suárez encarnaba una nueva generación, había llegado por primera vez a la Presidencia con 45 años desbordando una contagiosa vitalidad y simpatía, haciendo que no importara su carrera política como dirigente franquista.

Recientemente (24.03.2018) recordaba Felipe González, su adversario más recio de aquella hora “*La flexibilidad y el encanto humano de Adolfo para hacer política eran increíbles (...) Tomaba decisiones políticas, no se amparaba debajo de ninguna toga (...) y sabía que se arriesgaba (...) lo que más echo de menos es que hacía Política de verdad, con mayúscula en momentos duros, muy complicados.*”¹⁵

Desmontar un aparato de gobierno autoritario de casi cuarenta años, fue una ardua y difícil tarea, sólo alguien que conociera los intrínquilos del sistema podía acometerla con éxito. Suárez se ganó el respeto de gran parte de la sociedad española, que veía en él al dirigente capaz de llevar a buen puerto la transición política. “*La primavera de 1979 conoce el momento estelar de Suárez, la cima de su dominio y también del de su partido: en diciembre se ha aprobado la Constitución, en marzo ha ganado sus segundas elecciones generales, en abril sus primeras municipales, el edificio del nuevo estado parece a punto de rematarse con la*

¹⁵ http://www.abc.es/espana/abci-felipe-gonzalez-habla-adolfo-suarez-pactaba-acuerdos-y-desacuerdos-201803240332_noticia.html

*tramitación de los estatutos de autonomías de Cataluña y el País Vasco; justo en ese momento de plenitud, sin embargo, Suárez empieza a sumirse en una especie de letargia de la que ya no saldrá hasta abandonar la presidencia, y su partido a resquebrajarse sin remedio.*¹⁶

El viernes 30 de marzo de 1979 Suárez estaba en la apoteosis de su carrera política, aquel abogado abulense, líder de Unión del Centro Democrático, sometería a la consideración del Congreso de Diputados su programa y solicitaría la confianza como Presidente del Gobierno para un período de cuatro años, donde aspiraba afianzar y consolidar los cambios iniciados en 1976.

En su discurso planteó seis grandes coordenadas dentro de las cuales ansiaba desarrollar su acción de Gobierno, siendo la primera *la definición y ejecución de una política exterior que asuma los factores geopolíticos que la condicionan sin perjudicar la independencia de la acción internacional*. Para Suárez era esencial consolidar la presencia de España en el ámbito europeo y mundial, para lo cual contó con el invalorable apoyo del rey Juan Carlos y el respaldo de los Estados Unidos expresado en la invitación al monarca a pronunciar un discurso ante el Congreso americano el 2 de junio de 1976, lo que constituyó un claro espaldarazo al cambio democrático en España. Suárez destacó en su intervención la reivindicación histórica de Gibraltar y sostuvo que la inserción de España en Europa era plenamente compatible con la identidad iberoamericana que habría de adquirir nuevas dimensiones. La segunda coordenada se refirió al papel de las Fuerzas Armadas como factor de disuasión, con capacidad de reacción inmediata y de respaldo de la acción exterior y de defensa del ordenamiento constitucional. De esta manera Suárez procuraba ganarse a las Fuerzas Armadas resentidas por algunas decisiones del Gobierno, que no veían con simpatía la estrategia de amplitud hacia sectores progresistas del mundo político. Ratificó su convicción de que España debía adherirse a la Alianza Atlántica (OTAN), lo que significaría para las Fuerzas Armadas Españolas un avance en su modernización y en la integración con fuerzas militares de países democráticos de Europa occidental.

La tercera coordenada fue la seguridad ciudadana y hacer más eficaz la lucha contra el terrorismo. Uno de los retos más difíciles de enfrentar era el combate a los grupos armados irregulares de derecha e izquierda y nacionalistas, que fustigaban la paz ciudadana y atentaban contra la institucionalidad democrática que recién comenzaba. De allí que mejorar los cuerpos de seguridad del Estado era tarea prioritaria para un Gobierno que se iniciaba y así lo expresó: *El fenómeno terrorista, su complejidad creciente y su alto grado de profesionalización reclaman una labor de formación de unidades especializadas en la información y en la acción. Y esto es ya, y seguirá siendo, uno de los objetivos fundamentales del Gobierno con el fin de erradicar esta lacra que se cierne sobre muchos países democráticos, entre los que España no es desgraciadamente una excepción.*

La cuarta coordenada se refería a la búsqueda de un equilibrio social dinámico y de progreso que fortalezca el Estado de Derecho y que confiera más contenido a los grandes valores de libertad, igualdad y solidaridad, entendidos como expresiones distintas de la justicia. Suárez apuntaba a la creación de un orden social dinámico, progresivo y solidario, en la dirección indicada en el artículo primero de la Constitución “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (...)” y aquí enlazó con la quinta coordenada, que era La concreta institucionalización legal de todas las dimensiones sustantivas del Estado Social y Democrático de Derecho, como forma de organización política de

¹⁶ Cercas, J. *Op. Cit.*, pp. 67-68

una sociedad pluralista y libre concebida para hombres libres. Las políticas públicas enunciadas en su programa de gobierno y que expuso en su discurso sería la hoja de ruta del Gobierno que comenzaba.

La sexta coordenada de su Gobierno sería la distribución territorial del poder del Estado a través del proceso autonómico para consagrar legalmente la diversidad real de la comunidad española en el marco irrenunciable de la unidad nacional de España. Quizá la tarea más ardua que tenía por delante, con singular agudeza expresó *Conviene ahora profundizar en esta perspectiva programática sin perder nunca de vista la trascendencia y la delicadeza del problema; problema profundo de raíz histórica que resurge recurrentemente cuantas veces se ha abierto en España un período de libertad*. En su criterio la Constitución había marcado el punto de partida de un largo camino y se ha trazado un esquema viable dentro del cual moverse. Suárez alertó que nadie viera en su comprensión del problema una intención solapada de frenar el proceso autonomista pues en su criterio era irreversible, eso sí, hizo un llamado a la responsabilidad y al rigor a la hora de adoptar posiciones ante tan delicada cuestión. Al tocar este punto envió un mensaje al pueblo vasco: *Es preciso, a tal fin, que sepamos mirar hacia el futuro, esforzarnos por conocernos y respetarnos y plantear con sentido de la responsabilidad soluciones viables y suficientes. Y a ello trataremos de contribuir desde el Gobierno, convencido como estamos de que dentro de la irrenunciable unidad de España, y en el marco de la Constitución, cabe encontrar para el País Vasco unas fórmulas de autogobierno que vengán a satisfacer una vieja aspiración y respeten la tradición y el espíritu de libertad que ha presidido la historia de un pueblo que ha de encontrar en la solidaridad con los demás pueblos de España la justa garantía de sus derechos*.

El discurso de Suárez fue una radiografía de la realidad social, política y económica de España. Es de destacar que no fue una simple enumeración de proyectos y programas, sus planteamientos lejos de la retórica y de la grandilocuencia estuvieron sustentados en principios y valores democráticos establecidos en la Constitución. Su ejercicio como gobernante lo había dotado de una capacidad para entender y resolver problemas por agudos que estos fueran. Su experiencia política le permitía abordar espinosos temas con calificados contrincantes políticos y salir airoso de aquellas controversias. Contar con el apoyo del Rey Juan Carlos fue fundamental en las horas difíciles del inicio de la transición. Contar con las estrategias de Torcuato Fernández Miranda fue una ayuda invaluable en las primeras horas de la vida democrática española. Sin embargo ahora la realidad era distinta se iba a enfrentar con políticos fogueados en la clandestinidad, sin pasado franquista y con un discurso social atractivo a las masas españolas. Felipe González encarnaba ese nuevo liderazgo que buscaba abrirse camino y llegar a la presidencia del Gobierno español.

La sesión de investidura del 30 de marzo de 1979 fue el inicio de esa nueva etapa de la vida democrática española y así se reflejó en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. La primera controversia por el orden del día fue bastante ilustrativa del ánimo de polémica que iba a reinar en aquella legislatura. La coincidencia entre Santiago Carrillo con su antípoda Manuel Fraga, en el sometimiento a votación del orden del día era como una premonición de lo que iba a suceder en el recién estrenado Congreso de Diputados.

El tono de las intervenciones de los Diputados de la oposición reflejó la animosidad que despertaba en ciertos sectores de la oposición el recién investido Presidente del Gobierno. Resulta llamativo el voto negativo de Blas Piñar López representante de la derecha extrema quien para explicar su posición coincidente con los partidos de izquierda dijo: *La coincidencia en este caso en el voto negativo no quiere decir identidad en las causas o motivaciones de ese voto, y posiblemente serán distintas las que a mi me han aconsejado votar “no” a la investidura, y otras muy diferentes, y por supuesto muy respetables, las que han aconsejado el “no” a formaciones políticas representadas de forma crecida en esta Cámara*. En todo

caso la posición de Blas Piñar ayudó a Suárez a deslindarse de la extrema derecha para ratificar la visión centrista de la política que encarnaba UCD. Por su parte el Partido Nacionalista Vasco en la persona del Diputado Anzalluz Antia, expresó que la nueva legislación había comenzado con mal pie, *mal comienzo, porque en virtud de un excesivo reglamentarismo, se ha privado a esta Cámara de algo tan consustancial a ella como es el derecho a emitir el voto*. Dijo que el nuevo Presidente tenía tras de sí un pasado difícil y lleno de escollos que hacía inevitable la comparación de sus palabras de futuro con realidades pasadas. Sin embargo agradeció al Presidente *el breve pero sentido mensaje de esperanza al pueblo vasco y el ánimo de concordia que ha manifestado, y le expreso a mi vez nuestro íntimo deseo de concordia, de pacificación, de solidaridad, de cooperación y de diálogo (...)*

A Jordi Pujol, representante de Convergencia i Unió, le correspondió explicar las razones de la abstención de su organización política en la Sesión de Investidura, en su opinión se perdió una oportunidad de celebrar un importante debate político *y al referirme al debate político no me refiero tanto al tipo de debate que esta mañana se ha reclamado, me refiero más bien a una detallada presentación, con tiempo, por supuesto, del programa, a una profundización de ese programa, a una negociación, si cabe sobre ese programa; en una palabra, a un estudio a fondo y a una toma de posiciones hecho en profundidad sobre ese programa, y eso, efectivamente, no se ha hecho*. Por otra parte expresó que si el Presidente deseaba el apoyo de otros partidos ha debido introducir algo que responda a esos programas, ha debido plantearse garantías de que determinadas reivindicaciones de esos partidos serían atendidos. En su concepto la sesión se había convertido en un acto electoral, sin profundidad en los análisis y en las propuestas, no le convenció el discurso programático pues le pareció ver al Presidente prisionero de esquemas rígidos y que rehuía compromisos que ha podido contraer en beneficio de España. Pujol aspiraba que Suárez actuara más como estadista que como político coyuntural. En este sentido debe recordarse que España estaba a las puertas de unas importantes elecciones municipales donde iban a medir fuerzas los distintos partidos políticos en todos los pueblos de España.

Una de las intervenciones que provocaba mayor interés era la de Santiago Carrillo, quien representaba al Grupo Parlamentario Comunista y comenzó lamentando el “diktat” del Presidente de la Cámara que impidió el debate parlamentario antes de la votación. Carrillo mantenía una buena relación en lo personal con Suárez no en balde había legalizado el Partido Comunista a un alto costo político en los sectores que seguían viendo en esa organización una amenaza a la naciente democracia española. Carrillo explicó que el PCE iba a realizar una política de oposición, pero se ve obligado a expresar *y yo quiero decir que nuestro voto no es un voto personal contra el señor Suárez; es un voto contra el Gobierno monocolor que se propone crear; es un voto contra el programa de partido, si programa se le puede llamar, que nos ha propuesto aquí (...) y que lo más grave que puede suceder en un país, en un período de transición, es que el país legal se aleje del país real. Eso puede llevar a acontecimientos que están en la memoria de todos que han sucedido en otros países y que creo que no desean SS. SS. Que se produzcan en este país*. Carrillo con la astucia de zorro viejo se refirió aciertos respaldos recibidos por Suárez *“porque hay apoyos que parecen más una mano en el cuello que un apoyo”*. Carrillo veía venir serias dificultades para un gobierno que apenas se iniciaba y en tal sentido apuntó *En realidad, el señor Suárez, con ese discurso, aquí va a estar muy solo, muy solo con sus ciento sesenta y tantos Diputados, que no son la mayoría de la Cámara, señores. Y, desde luego, que representan a una minoría, y una minoría reducida del país. Va a estar muy solo. El señor Suárez creo que se va a arrepentir, no tardando mucho, del paso que ha dado, a no ser que yo sea muy ingenuo –y puede ser que lo sea– y que el señor Suárez tenga sus planes y propósitos, que yo no alcanzo a comprender*. Carrillo no se equivocó en su apreciación, los tiempos que vendrían serían muy difíciles para Suárez y la luna de miel que todo nuevo Gobierno disfruta fue interrumpido por serios acon-

tecimientos que requerirían toda su atención, el 26 de mayo de ese año se producía la explosión con bomba en la Cafetería California 47 de Madrid por el grupo terrorista GRAPO, con un saldo de 8 muertos y 40 heridos.

Suárez ya no era la única estrella en el mundo político español, otros dirigentes aparecían con renovados bríos en la palestra pública, el Partido Socialista Obrero Español había obtenido 121 escaños en las elecciones generales del primero de marzo y se convertía bajo el liderazgo de Felipe González en el principal partido de oposición. Liderazgo discutido en el XXVIII Congreso del PSOE celebrado en mayo de 1979 cuando la mayoría de los delegados se opuso a la propuesta de la dirección política para la eliminación del marxismo en la definición del partido. Felipe González y el resto del Comité Ejecutivo presentaron la dimisión, aunque en el Congreso Extraordinario celebrado en septiembre de ese año González fue aclamado por los delegados y se suprimió el marxismo de la plataforma ideológica del PSOE.

Felipe González aprovechó su intervención para proyectarse como el líder de la oposición, comenzó lamentando la ausencia de debate antes de la votación, lo que en su opinión, constituyó un grave precedente para la naciente democracia, condenó que la televisión no transmitió los acontecimientos del intento de debate de la mañana de ese día. A su juicio la intervención de Suárez no fue un discurso programático sino una declaración de intenciones. Sintetizó en tres las razones de la votación negativa de su partido *En orden creciente de importancia. Han sido razones de forma, han sido razones de falta de confianza en la persona designada y en el grupo político que lo respalda, y han sido razones de discrepancia con el contenido del discurso pronunciado.* Condenó algunas expresiones de dirigentes de UCD que han señalado que los socialistas quieren una sociedad sin libertades. *Nunca he pensado (por eso ha decrecido poderosamente la confianza que podíamos tener con ese deseo de olvidar el pasado) que pudiera haber afirmaciones de esa naturaleza, sabiendo positivamente que no son verdad y sabiendo positivamente que nuestra vocación es democrática y pluralista, acunada a lo largo de muchos decenios de historia. Por ello es lógico que ahora se me permita que justifique esa desconfianza personal y también la desconfianza en el grupo político que la sustenta.* González utilizó su artillería verbal para recordarle a Suárez un discurso pronunciado cuando tomó posesión de la Vicesecretaría del Movimiento y en el cual manifestó su adhesión y lealtad al régimen franquista. Igualmente manifestó su desconfianza al Grupo Parlamentario porque durante año y medio ni el Gobierno ni su Grupo parlamentario han llevado a buen fin los compromisos adquiridos con otras formaciones políticas.

En relación al Programa coincidió con quienes han dicho que no ha habido un programa de gobierno, pues éste debe contener una serie de objetivos concretos y necesita decir cómo se van a instrumentar los medios técnicos, los medios humanos, los medios financieros para cubrir esa serie de objetivos. Significa por consiguiente, establecer un calendario aproximado para la cobertura de esos objetivos programáticos y un orden de prioridad. González no concedió tregua al Presidente entrante y refuto las propuestas formuladas y recordó aspectos no mencionados como energía nuclear, control de precios, devolución a los trabajadores de bienes acumulados durante cuarenta años y otros expropiados por el régimen anterior, la defensa de los consumidores, del medio ambiente y en cuanto al desarrollo de la Constitución expresó *Se ha dicho algo verdaderamente sorprendente: las autonomías municipales tendrán que nacer de un desarrollo legislativo posterior a la Constitución.* Este discurso de González debe leerse en clave electoral pues faltaba menos de una semana para las elecciones municipales (03-04-1979) donde nuevamente UCD resultaría vencedor obteniendo 29.614 concejales, el PSOE 12.220 concejales y el PCE 3.608.

El discurso de Felipe González significó un rompimiento del espíritu de consenso y entendimiento político que hasta entonces se había vivido en España e igualmente significó su irrupción como el líder de la oposición española.

Le correspondió a Pérez-Llorca por UCD dar respuesta a los duros señalamientos de los Diputados de oposición, en la breve sinopsis de su intervención se hizo mención a sus argumentos centrales. El referido diputado alertó sobre el peligro de fragmentación que iba a enfrentar la Cámara y en tal sentido se preguntó hasta que punto en un debate de investidura hay que resaltar los problemas concretos de específicas regiones españolas, cuando la investidura es una cuestión que afecta fundamentalmente a la política nacional. En relación a los señalamientos al Presidente Suárez dijo *Creo que habría que recordar también que en otros momentos, todos estamos sujetos a los avatares de la coyuntura, que en otros momentos la valoración de la figura, de la obra, de la significación del Presidente investido han sido distintas. Perfectamente, y creo que hay algo positivo en el proceso que ha sido valorado positivamente otras veces y que no podemos embarrarlo, ni debe una persona importante en el equilibrio político español utilizar esos ataques "ad hominem"*.

En su segunda intervención Suárez va a ratificar su compromiso con el programa electoral y de Gobierno de UCD que ha recibido la confianza del electorado. En tal sentido expresó que *va a gobernar desde el centro, sin desplazamientos a uno u otro lado del espectro político (...) y pienso gobernar como Presidente del Gobierno, sin la menor duda, pese a las aspe-rezas, las críticas, los celos y desconfianzas que pueda suscitar mi persona, mi biografía o mi historia personal. Pienso gobernar con la misma serenidad, con la misma tranquilidad, con la misma conciencia con que he intentado hacerlo durante estos últimos años.*

Suárez comenzaba una nueva etapa en su vida política, esta vez sin los consejos de Torcuato Fernández Miranda ni el acompañamiento permanente del rey Juan Carlos. Ahora debía enfrentarse a los problemas desde la soledad del poder con un partido integrado por distintos grupos con intereses e ideologías diferentes, ya no era el dirigente con la frescura del que inicia una aventura política, ni el político que enfrentaba situaciones críticas con una personalidad seductora, ahora de lo que se trataba era de gobernar en medio de las dificultades económicas y sociales que exigían respuestas prontas y eficaces, amén de enfrentarse a una oposición dispuesta a jugárselas todas para despojarlo del poder. Lo paradójico del caso es que Suárez en el momento culminante de su carrera política, luego de superar obstáculos y dificultades en apariencia insalvables, comienza a transitar por el camino de la incomprensión y de los desacuerdos entre quienes habían sido sus compañeros de ruta. Javier Cercas trata de explicar este suceso de la siguiente manera *El fenómeno es extraño, pero no inexplicable, sólo que no tiene una única explicación, sino varias. Adelanto dos: una es política y es que Suárez, que ha sabido hacer lo más difícil, es incapaz de hacer lo más fácil; otra es personal y es que Suárez que hasta entonces parece ser un político de acero, se derrumba psicológicamente. Añado una tercera explicación, a la vez política y personal: los celos, las rivalidades y las discrepancias que germinan en el seno de su partido.*¹⁷

No pasaría mucho tiempo cuando el viernes 30 de mayo de 1980, luego de unos intensos días de debate parlamentario se somete a votación la moción de censura contra el Presidente Suárez presentada por los Grupos Parlamentarios Socialistas del Congreso, Socialistas de Cataluña y Socialistas Vascos siendo rechazada por 166 votos, contra 152 votos a favor, 21 abstenciones y 11 ausencias. A pesar del rechazo de la moción de censura Suárez se vio afectado tanto en lo personal como en lo político, después de haber alcanzado el reconocimiento social y político por su acertada actuación durante la transición, ahora se enfrentaba a una cruda realidad la lucha sin cuartel por la conquista del poder por parte de una organización histórica, recién bautizada como socialdemócrata, con un liderazgo joven dispuesto a despojarlo de la base social que lo había encumbrado como Presidente del Gobierno.

¹⁷ Cercas, J. *Op. Cit.*, p. 68

La Sesión de Investidura del 30 de marzo de 1979, constituyó para Suárez la cumbre de su carrera política, había logrado de manera pacífica y jurídicamente intachable la transición de un gobierno autocrático a un gobierno democrático, había contribuido de una manera decisiva al consenso que fue la llave para la aprobación de la Constitución de 1978. Con razón se ha afirmado que *Nuestra Constitución de 1978 significará, así, la consagración jurídica de la modernización política. Con ella nos incorporamos a la fracción mundial de los países civilizados o, si se quiere en otras palabras, a la cultura de la libertad*¹⁸, y por si esto fuera poco, había llegado a ser el primer Presidente del Gobierno de la nueva era democrática española.

Suárez pecó de soberbia en sus palabras iniciales del 30 de marzo, al sobreestimar sus fuerzas y declarar terminada la etapa del consenso. La tarea que tenía por delante como gobernante iba a exigir la conjunción de esfuerzos y de voluntades de todos los sectores políticos. No era el momento de asomar sectarismos y mucho menos expresar que el desarrollo de la Constitución *iba a ser afrontado básicamente desde los planteamientos contenidos en su programa de electoral porque tal ha sido el mandato surgido de las urnas*. En todo caso una dosis de humildad en aquellos momentos iniciales de su Presidencia hubiera desarmado a sus adversarios prestos al ataque desde numerosos frentes. Si a lo anterior se suma la fragmentación interna de UCD puede entenderse la debilidad del partido sostén del Gobierno de Adolfo Suárez en momentos que requería de una cohesión en la estrategia y en la táctica política.

Adolfo Suárez, nacido en Cebreros, Ávila el 25 de septiembre de 1932, licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca, casado con la distinguida dama Amparo Illana con quien procreó cinco hijos: Adolfo, Sonsolés, Laura, Francisco Javier y María Amparo. Le correspondió ser el primer Presidente del Gobierno Español bajo la nueva Constitución de 1978, fue uno de los protagonistas junto al rey Juan Carlos y Torcuato Fernández Miranda, de la transición de la autocracia a la democracia sin derramamiento de sangre y convocando las mejores voluntades de todos los sectores políticos en la España de entonces. Aquél “anti-comunista inteligente” como lo calificó Santiago Carrillo, entendió que *El futuro no está escrito, porque solo el pueblo puede escribirlo*, como apuntó en la presentación del Proyecto de Ley de Reforma Política (10.10.1976). Su empatía con la gente constituyó una de sus principales cualidades *Pertenezco por convicción y talante a una mayoría de ciudadanos que desea hablar un lenguaje moderado, de concordia y conciliación* (julio 1976); entendió que la democracia era el camino de la libertad y la mejor vía para el ejercicio del poder *Las elecciones no resuelven por sí misma los problemas, aunque son el paso previo y necesario para su solución*. (Discurso de cierre de campaña electoral 14-06-1977)

Suárez logró imponerse a otras figuras políticas que se consideraban llamadas a asumir la Presidencia del Gobierno y que no le perdonaron ser seleccionado como el dirigente capaz de conducir el proceso de la transición. Sus condiciones naturales de don de gente, de simpatía, de cordialidad abonaban el terreno para el entendimiento puntual con figuras políticas ubicadas en trincheras distintas. Felipe González, su antagonista principal, comentó en un acto conmemorativo por la muerte de Suárez (24-03-2018): «La flexibilidad y el encanto humano de Adolfo para hacer política eran increíbles... tomaba decisiones políticas, no se amparaba debajo de ninguna toga... y sabía que se arriesgaba... Lo que más echo de menos es que hacía Política de verdad, con mayúscula» en unos «momentos duros, muy complicados». «Yo pactaba con Adolfo acuerdos y desacuerdos. Cuando creía que el desacuerdo podía poner en riesgo lo que debíamos hacer, pactábamos el desacuerdo. Algunas veces el pacto del

¹⁸ Aragón Reyes, M. *Estudios de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 1998, p. 65

desacuerdo era “yo me callo y punto”¹⁹. La habilidad política de Suárez aunado a su capacidad de reaccionar en momentos especialmente difíciles lo convirtieron en la gran figura del escenario público español.

Sin embargo esa capacidad de reacción tenía los días contados, Suárez se enfrentaba a una nueva realidad gobernar democráticamente con las reglas impuestas por la Constitución, enfrentar una oposición cada vez más provocadora, dirigir un partido fraccionado, afrontar problemas económicos, políticos y sociales de grueso calibre de la sociedad española. Tres derrotas en las urnas electorales (País Vasco, Cataluña y Andalucía) agravaron la situación de UCD y ya no escapó a la opinión pública las graves disidencias internas y el cuestionamiento al liderazgo de Suárez.

Los momentos estelares de Suárez culminaron con su triunfo electoral de marzo de 1979, su discurso programático del 30 de marzo solicitando el voto de confianza de la Cámara puede considerarse una de sus grandes intervenciones parlamentarias pues señalaron el nuevo rumbo de España, que en sus propias palabras era *la consecución de una democracia social avanzada que, como la democracia política clásica, reposa sobre los derechos del hombre, pero entendidos como exigencias sociales, económicas o culturales y cuyo contenido se fija en función de unas necesidades que deben ser atendidas para que la libertad sea real.*

Suárez cerró esta etapa de su vida política como un hombre digno y valeroso en la defensa de la naciente democracia española, su actitud en el Congreso de Diputados a raíz intento del golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, está grabado en la memoria histórica de España y del mundo libre como un gesto de pundonor merecedor del respeto y del homenaje de quienes creen en los valores de la libertad y de la democracia.

III. BREVE REFERENCIA A LA RELACIÓN DE ADOLFO SUÁREZ CON IBEROAMÉRICA

Adolfo Suárez mantuvo una especial vinculación con Iberoamérica, aún cuando era de su mayor interés la incorporación de España a las instituciones europeas, no por esto olvidó el compromiso con las repúblicas hermanas del continente Americano. En su discurso ante el Congreso de Diputados expresó *La inserción de España en Europa es plenamente compatible con nuestra identidad iberoamericana, que habrá de adquirir nuevas dimensiones. El capital que supone nuestra comunidad cultural, histórica y lingüística nos permitirá hacer ver a la Comunidades Europeas que, en nuestra opinión, quedan mutiladas si abdican de establecer una estrecha relación de comunicación con Iberoamérica.*

Durante su Gobierno mantuvo relaciones estrechas con los diferentes países de este lado del Atlántico, su presencia en algunas investiduras presidenciales, entre ellas la de Luis Herrera Campins como presidente de Venezuela el 12 de marzo de 1979, le permitió estrechar vínculos con otros mandatarios tales como Julio César Turbay Ayala (Colombia), Rodrigo Carazo (Costa Rica), David Padilla (Bolivia), Antonio Guzmán (República Dominicana). Igualmente asistió a la conmemoración de acontecimientos importantes como los 150 años de la muerte del Libertador Simón Bolívar el 17 de diciembre de 1980, en Santa Marta, República de Colombia, donde pronunció el discurso de orden en la basílica de esa ciudad, ante la presencia de los Jefes de Estado de Colombia, de Venezuela, del Perú, del Ecuador, de Bolivia, de Panamá, de República Dominicana, de Honduras, haciendo buena sus palabras de acercamiento a la región iberoamericana.

¹⁹ http://www.abc.es/espana/abci-felipe-gonzalez-habla-adolfo-suarez-pactaba-acuerdos-y-desacuerdos-201803240332_noticia.html

El autor del presente trabajo, un joven abogado en ese entonces ocupó durante la presidencia de Luis Herrera Campins (1979-1984) la Secretaría del Consejo de Ministros en el Palacio de Miraflores, y en uno de los viajes de Adolfo Suárez a la capital venezolana tuvo el gusto de conocerlo personalmente y de intercambiar opiniones acerca de la realidad política y social de estos países.

Adolfo Suárez Illana²⁰, abogado y político, heredó de su padre el afecto por los países Iberoamericanos y concretamente por Venezuela donde residió algunos años. En visita a ese país en noviembre de 2017, invitado por FEDECAMARAS, principal organización de gremios empresariales que agrupa a los distintos sectores de la economía privada pronunció una conferencia titulada “La Transición Política española: consensos para el desarrollo”. Reflexiones especialmente valiosas en momentos de la grave crisis que atraviesa Venezuela:

“Hay que mirar hacia el futuro y todo aquello que fomente la paz y la libertad hay que apoyarlo.”

“Venezuela puede ser el maravilloso pueblo que ha sido siempre y puede superar esta crisis igual que otros países hemos superado nuestras crisis, guerras y enfrentamientos.”

“Quien tiene más poder, quien es más fuerte, debe ser siempre más generoso y contribuir con todas sus fuerzas al desarrollo de la paz, la convivencia y la democracia de su país.”

Por su parte el Embajador de España en Venezuela: Jesús Silva, en su intervención expresó:

“España puede aportar su experiencia acerca de la transición, dado que los últimos 40 años han sido los mejores en términos de progreso, consecuencia de la actuación de una serie de personas inteligentes que estuvieron a la altura y que podrían simbolizarse en Adolfo Suárez, quien pasará a la historia como el gran artífice de la transición.”²¹

La democracia venezolana vive una hora menguada y la sociedad sufre las consecuencias del déficit de libertades políticas y económicas. Modelos históricamente fracasados se han enseñoreado de un país que cuenta con las mejores condiciones para salir del subdesarrollo y la pobreza extrema en la cual la ha sumergido una autocracia corrupta. La experiencia española de una transición pacífica y consensuada constituye el mejor ejemplo para superar una crisis que parece no querer acabar. Hombres como Adolfo Suárez sirven de inspiración para mirar el futuro con optimismo, apostando por la paz, la libertad, el Estado de Derecho y la plena vigencia de los derechos fundamentales, valores esenciales de una sociedad como la venezolana merecedora de un mejor presente y un futuro promisorio.

BIBLIOGRAFÍA

Ansón, R. *El año mágico de Adolfo Suárez. Un Rey y un Presidente ante las Cámaras*. La Esfera de los Libros. Madrid 2014.

Aragón Reyes, M. *Estudios de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 1998.

²⁰ Autor de la hermosa fotografía del rey Juan Carlos con Adolfo Suárez en el jardín de su residencia el 16 de julio de 2008. Fernando Ónega ha comentado que la única y entrañable foto que da testimonio del encuentro la hizo Adolfo Suárez Illana, y quedará para la historia como un símbolo del reencuentro entre dos hombres que trabajaron y construyeron juntos hasta que la política los separó. (Puedo prometer y prometo. Mis años con Adolfo Suárez. 2013, Plaza & Janés. Penguin Random House Grupo Editorial España)

²¹ Declaraciones recogidas en: <http://canariosenelmundo.com/actualidad/adolfo-suarez-illana-expone-en-caracas-la-transicion-politica-espanola-consensos-para-el-desarrollo/>

Balaguer Callejón, F. (coordinador). *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I, 6ª edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A). Madrid 2011.

Casas Baamonde, E. “25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Publicado en la *Revista Persona y Derecho*. I, Nº 54. Universidad de Navarra (Pamplona). 2006.

Cercas, J. *Anatomía de un instante*. (2009). Literatura Mondadori, Barcelona 2009. 400.

Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, Primera Legislatura I.Serie II. *Debates Políticos*. Impreso en Clossas-Orcoyen, S.L. Madrid. 1979.

El Tribunal Constitucional. Servicio Central de Publicaciones/ Presidencia del Gobierno. Madrid 1980.

García de Enterría, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas. Madrid 1994.

Ónega, F. *Puedo prometer y prometo*. Mis años con Adolfo Suárez. Plaza & Janés. Penguin Random House Grupo Editorial España. Barcelona 2013.

Ortega y Gasset, J. (2011) *España Invertebrada*. Vigésima primera edición. Espasa Libros, S. L. U., Austral. Barcelona 2011.

LEYES CONSULTADAS

Constitución Española. textos legales. Biblioteca Nueva. Madrid 1978. Quinta Edición actualizada (2010).

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

http://www.casareal.es/ES/actividades/Paginas/actividades_discursos_detalle.aspx?data=2817

http://www.transicion.org/ESPECIAL_ADOLFO_SUAREZ/DISCURSOS.html

http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL_003.PDF

http://www.abc.es/espana/abci-felipe-gonzalez-habla-adolfo-suarez-pactaba-acuerdos-y-desacuerdos-201803240332_noticia.html

<http://canariosenelmundo.com/actualidad/adolfo-suarez-illana-expone-en-caracas-la-transicion-politica-espanola-consensos-para-el-desarrollo/>

Del derecho a la propiedad y libertad en Venezuela. Del exceso de estado al estado totalitario

José Gregorio Silva Bocaney*

Abogado

Resumen: *En Venezuela, constitucionalmente, se han reconocido los derechos individuales, en especial, el de propiedad y libertad; sin embargo, en los últimos años, gracias al abuso de intervención del Estado sobre la actividad de los particulares, ha mermado de tal forma, que los mismos quedan solo como instituciones meramente formales, carentes de contenido, llevándonos a un abrumador y desgastante totalitarismo. Sin embargo, la respuesta ante tales atropellos lo encontramos en los principios y fundamentos del Derecho Administrativo, que, ante un cambio de la forma de gobierno, es necesario rescatar.*

Palabras Clave: *Derecho, propiedad, libertad, intervención, democracia.*

Abstract: *In Venezuela, constitutionally, individual rights have been recognized, especially that of property and freedom; however, in recent years, thanks to the abuse of State intervention in the activity of individuals, it has decreased in such a way that they remain only as merely formal institutions, devoid of content, leading to an overwhelming and exhausting totalitarianism. However, the response to such abuses is found in the principles and foundations of Administrative Law, which, in the face of a change in the form of government, it is necessary to rescue.*

Key words: *Law, property, freedom, intervention, democracy.*

SUMARIO

NOCIÓN DE LIBERTAD Y PROPIEDAD ESTADO

LA PROPIEDAD Y SU FUNCIÓN SOCIA

DEL TOTALITARISMO

EL INTERVENCIONISMO

* Abogado litigante. Especialista en Derecho Administrativo. Doctorando en Ciencias mención Derecho Universidad Central de Venezuela, Caracas. Profesor ordinario de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela en pre y postgrado. . Miembro de los Comité Académicos de los postgrados en Derecho Administrativo y Derecho Procesal de la Universidad Central de Venezuela. Vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario (A.V.D.D.). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA). Miembro honorario del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO). Director de la Revista de Derecho Funcionarial. josesilvaucv@gmail.com. <http://silvabocaney.blogspot.com>

NOCIÓN DE LIBERTAD Y PROPIEDAD

La noción de libertad surge como término filosófico de carácter variable y mutable que dependerá del autor, época, sistema en que se enmarque y un cúmulo de condiciones. Sin embargo, puede centrarse en la posibilidad de actuar según su voluntad. De allí que, si la actuación es fruto de la necesidad, impulsividad o sencillamente, de un acto reflejo involuntario, no podríamos referirnos a libertad. Por su parte, la libertad está limitada por la responsabilidad que se deriva del ejercicio de los actos y el respeto a la libertad ajena.

Cabanellas¹ lo define en su primera acepción como “*Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo cual es responsable de sus actos...*”. Por su parte define propiedad: “*En general, cuanto nos pertenece o es propio, sea su índole material o no, y jurídica o de otra especie. Por antonomasia, la facultad de gozar y disponer ampliamente de una cosa, Mas perceptiblemente, el objeto de ese dominio o derecho...*”.

Tal como lo indica el propio Cabanellas en cuanto a la propiedad, mas perceptiblemente, en tanto resulta lugar común referirse a la propiedad como un derecho material sobre un objeto; el usar y disponer de la cosa o bien; pero igualmente alcanza la noción a lo inmaterial que sea susceptible de apropiación. Sin embargo, la noción básica de propiedad la constituye la privada, en cuanto excluye a otros de su explotación, por cuanto que la propiedad, implica la noción de apropiarse para sí en razón del título que ostenta; por ello, resulta un contrasentido pretender una propiedad social, donde no existe la posibilidad de apropiarse de la cosa en razón de un título, y mucho menos disponer de ella, pues se carecería de la noción de dominio.

Ambos conceptos –libertad y propiedad– danzan en una misma melodía en tanto y en cuanto, la facultad que se tiene de obrar de una manera o de otra sobre lo que es propio, mezcla las nociones de libertad y propiedad. De allí, que centrarnos en el lugar común de la propiedad predial, deja por fuera buena parte de ella, y por ende, obviamos igualmente la noción de libertad que le resulta aparejada.

De ambos valores de la persona, tanto más preciados, la primera que abarca la lucha general, es la de libertad, que a través de la historia ha sido motivo de grandes luchas y a su vez de grandes sacrificios para obtenerla, en cuanto resulta más universal, considerando que –en principio–, es posible pensar en la noción de libertad, como propia de todos los hombres, independientemente de la posibilidad de obtener y disponer de bienes, tal como podría suceder en el estado más primitivo de los seres, que igualmente luchaban por su libertad. Pero ante la noción de propiedad, igualmente se fraguaron luchas por defenderla

En este orden no existe una noción primitiva de propiedad, que evoluciona y se centra en tierras colectivas o ajenas, donde en el mejor de los casos, la propiedad se limitaba a los frutos, sobre los cuales posteriormente en la historia habría de pagar los correspondientes tributos para la subsistencia del Estado, en cualquiera de sus formas; sin embargo, ese costo o provento a favor del “Estado” a través del tributo, sobre el fruto de su trabajo empezaba a generar la incomodidad necesaria para que el hombre luchara por defender ese fruto, con el mismo afán que luchaba por su libertad.

Así, en el paso del tiempo, en la medida que se es capaz de posesionar en calidad de propietario no sólo del fruto, sino de la fuente del fruto (tierras), se empieza a trabajar y a luchar con ahínco por la defensa de lo que es propio, saliendo de esa fase primitiva, donde el único o principal bien preciado es la libertad; donde se es capaz de arriesgar o perder la vida

¹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 25 edición, Editorial Heliasta. Argentina 1997

para protegerlo, pasando por el sentido básico de propiedad sobre los frutos de un trabajo absolutamente rural y de subsistencia, donde se arriesga para proteger ese bien, al paso de la propiedad sobre la tierra, que sigue en evolución para desembocar en la noción amplia de propiedad.

Por ello, a través de la historia vemos que para defender un bien o valor, resulta esencial poseerlo o por lo menos tener la expectativa de poseerlo a título de propietario. Así, cuando revisamos las luchas personales por parte de los sujetos esclavizados, los que de manera mayoritaria van a luchar por cambiar la situación son aquellos que fueron libres, mientras que de los que nacen esclavos, sin expectativa de ser libres, sólo un pequeño grupo va a tratar de emprender la lucha. Tal como lo señala Pipes en Libertad y Propiedad, *“quien no es esclavo se da cuenta de su status de hombre libre al compararse con el esclavo”*. Del mismo modo, es más fácil contrariar la noción de propiedad por parte de quien no tiene posibilidad de ser propietario², mientras que el propietario, como el que tiene expectativas y posibilidades de ser propietario, va a tratar de luchar por hacer respetar la suya.

Esa noción de propiedad se amplía, escapando del marco de las cosas materiales, para abarcar igualmente las cosas inmateriales, el fruto del intelecto y las ideas. De tal forma que tomando en consideración las primeras líneas del presente ensayo, la libertad de actuar según la voluntad implica la posibilidad de disponer de los bienes, ideas, conocimiento y pensamientos a su antojo.

Esa danza que comparten la libertad y la propiedad, la vemos reflejada en la cita que hace Niall Ferguson³ de *Locked*, al indicar *“Libertad es... libertad de disponer y ordenar libremente, como le plazca, su persona, acciones, posesiones y todos sus bienes dentro de lo que consintieren las leyes a que está sometido; y, por lo tanto, no verse sujeto a la voluntad arbitraria de otro... El fin, pues, mayor y principal de los hombres al unirse en repúblicas... es la preservación de su propiedad.”*

Gaspar Ariño⁴ refiere en términos similares esa relación, al indicar:

“Como escribió Knight, ‘el contenido real de la libertad de contrato (y de la libertad económica de cada uno, añadimos) depende de los uno posea’ pues es evidente que sólo en esa medida podría ejercer el poder o capacidad de ordenar la propia vida, acorde con los propios deseos e ideales, que es lo que la libertad consiste desde el punto de vista social y político; la propiedad –esto es, el derecho de apropiación sobre las cosas con las características que conlleva– resulta conditio sine qua non de la libertad económica y, por tanto, de la libertad total”.

Si bien, propiedad y libertad, nacen como valores y derechos independientes, se interrelacionan de tal forma que, frente a la libertad, como valor primario y antecesor de la propiedad, termina supeditado a la segunda, en tanto que la propiedad es la posibilidad de disponer de lo que me pertenece.

Como lo señala Pipes⁵, *“Bajo estas condiciones la propiedad (donde quiera que le sea permitido aparecer) es protegida por el Estado como un “derecho”, pero ese mismo derecho*

² Posibilidad real o material, física, mental o espiritual, encerrados en su propio carcelero por su yo, se regodea en la posibilidad de ver a otros a quienes se ha impuesto la “socialización” de sus bienes.

³ Ferguson, Niall. “Civilización, Occidente y el resto” PDF de la versión en castellano. Random House Mondadori, Barcelona 2012

⁴ Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Ediciones de la Universidad Externado de Colombia. Primera reimpresión de la primera edición. Colombia 2008, p. 201, 202.

de propiedad también protege al individuo del Estado: junto con la ley, su consecuencia se convierte en el medio más eficaz para limitar el poder del Estado. En los lugares en los que el Estado reclama la propiedad de todos los recursos productivos, como sucede con las antiguas monarquías orientales, los individuos o las familias no tienen forma de hacer valer su libertad porque económicamente dependen totalmente del poder soberano”.

Por ello, la noción marxista de propiedad, que la define, no en cuanto al derecho sobre la cosa, sino como la relación entre las personas y las cosas, siendo que esa necesaria relación la marca el Estado a través de la ley, en sus términos y alcance, pudiendo hacer entender a la noción de propiedad, lo que la ley disponga. Pese a ello, no ha existido régimen que despa-che la propiedad de un plumazo legislativo, sino que lo ha ido minando paulatinamente, entendiéndose que esa masa de no propietarios justificará la acción frente a un grupo [minoritario y diezmado] de propietarios que irá paulatinamente en descenso.

LA PROPIEDAD Y SU FUNCIÓN SOCIAL. EL INTERVENCIONISMO

Internacionalmente, las constituciones de la mayoría de los diferentes Estados se han adaptado a una noción globalizada de las funciones de éste y cómo coexisten frente a la actividad de los particulares, de cuya modalidad no ha escapado Venezuela. Cuando revisamos la Constitución de 1811⁶, el Derecho de propiedad estaba regulado en términos similares a los postulados de Locke, y la redacción americana y francesa⁷, como hitos que marcaron la pauta, señalando que “*la propiedad es el derecho que cada uno tiene de gozar y disponer de los bienes que haya adquirido con su trabajo o industria*”.

Por su parte, la redacción de la norma según la Constitución de Angostura de 1819 fue tan parca en cuanto a los derechos y la seguridad, que era aún más garantista, indicando en su Título 1° “*Artículo 1° Son derechos del hombre la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad. La felicidad general, que es el objeto de la sociedad consiste en el perfecto goce de estos derechos*”, mientras que en su artículo 7 “*la seguridad consiste en la garantía y protección que la sociedad concede a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, derechos y propiedades. La libertad pública e individual que nace de este principio está protegida por la Ley*”. En similar redacción se repite en las constituciones de 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, y 1922.

La de 1925 incorpora otras limitaciones que se repiten en las de 1928, 1929 y 1931 indicando: “*La Nación garantiza a los venezolanos... 2° La propiedad que sólo estará sujeta a las contribuciones legales y a ser tomadas para obras de utilidad pública, previo juicio contradictorio e indemnización, como lo determine la ley. También estarán obligados los propietarios a observar las disposiciones sobre higiene pública, conservación de bosques y aguas y otras semejantes que establezcan las leyes en beneficio de la comunidad*”.

⁵ Pipes, Richard. *Propiedad y Libertad. La Piedra Angular de la Sociedad Civil*. Fondo de Cultura Económica. España 2002.

⁶ Academia de Ciencias Políticas y Sociales: *Las Constituciones de Venezuela*. ACIENPOL, Caracas 1997

⁷ No debemos obviar la intervención de respetables patricios, entre los que resaltaba Juan Germán Roscio.

La de 1936, trae otras modificaciones, que en cuanto a la redacción general⁸, se agregó a la redacción de las anteriores constituciones: “*la ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, sea por su naturaleza o por su condición, o por su situación en el territorio. La Nación favorecerá la conservación y difusión de la mediana y de la pequeña propiedad rural, y podrá, mediante los trámites legales y previa indemnización, expropiar tierras no explotadas de dominio privado, para dividir las o para enajenarlas en las condiciones que fije la ley...*”

La Constitución de 1945, realiza una “**aparente**” retrocesión a las anteriores; sin embargo, agrega la limitación a la ley, en cuanto a *las contribuciones [tributos], restricciones [limitaciones] y obligaciones que establezca la ley*”. Estas obligaciones de carácter genéricas, sin más límite que el impuesto por la ley, refiere a la denominada función social de la propiedad, que, en la Constitución de 1945, refiriéndose a la propiedad de las tierras, las condiciona “*por las disposiciones precedentes y por la obligación de mantener las tierras y bosques, que son su objeto, en producción socialmente útil. La ley determinará los efectos de esta disposición y las condiciones de su aplicación*”. Y agrega un contenido específico a la actividad agraria y con respecto a las tierras de explotación minera. En la segunda, impone la retrocesión al Estado sin indemnización alguna al terminar la concesión, mientras que la primera pretende “*mejorar las condiciones de vida del medio rural y la progresiva emancipación económica y social de la población campesina*”⁹.

La Constitución de 1953, incorpora frontalmente la noción de función social de la propiedad, que se han mantenido en las dos siguientes.

La redacción anterior estuvo presente con pocas variaciones semánticas en las constituciones subsiguientes, hasta la de 1961 que indicó “*La Nación garantiza a los venezolanos... 2° La propiedad con todos sus derechos: ésta sólo estará sujeta a las contribuciones decretadas por la autoridad legislativa, a la decisión judicial y a ser tomada para obras públicas, previa indemnización y juicio contradictorio*”.

Esa tendencia del estado social, designada con diferentes nombres, cuyo precursor cita a Lorenz von Stein, como lo indica Manuel García Pelayo¹⁰, quien indicaba que “*había terminado la época de las revoluciones y de las reformas políticas para comenzar la de las revoluciones y reformas sociales*”.

Esas tendencias seguían las corrientes de las denominadas social democracias, que eran aparentemente opuestas al comunismo y autoritarismo y que en Venezuela, marcó el rumbo de los periodos democráticos desde mediados de los años 30 hasta finales del siglo pasado, ante el surgimiento del *neocapitalismo*, signado por la supuesta interacción de Estado y sociedad.

En el Estado liberal, contenido en las constituciones anteriores a los años 30 del siglo pasado, conforme lo indica García Pelayo, en su trabajo comentado, el Estado era concebido en cuanto a los valores y objetivos, como garantía de libertad, convivencia pacífica, seguridad y propiedad, dejando que la sociedad actuara conforme sus propios sistemas, *interviniendo transitoriamente para eliminar algún bloqueo a la operacionalización del orden autorregulado*.

⁸ Dado lo extenso del punto, se obviarán las medidas constitucionales tomadas para reintegrar al Estado las cantidades extraídas por los funcionarios de gobiernos anteriores.

⁹ Artículos 68, 69 y 70 de la Constitución de 1947.

¹⁰ García Pelayo, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Fundación Manuel García Pelayo, Caracas 2009.

Por su parte, el Estado social, según el propio García Pelayo, “parte de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad y que sólo la acción del Estado, hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc., puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado. Por consiguiente, el Estado no puede limitarse a asegurar las condiciones ambientales de un supuesto orden social inmanente, ni a vigilar los disturbios de un mecanismo autorregulado, sino que, por el contrario, ha de ser el regulador decisivo del sistema social y ha de disponerse a la tarea de estructurar la sociedad a través de medidas directas e indirectas: ‘Estado social –dice H.P. Ipsen- significa la disposición y la responsabilidad, la atribución y la competencia del Estado para la estructuración del orden social’. Los límites de esta de esta capacidad de estructuración del orden social son, sin embargo, discutibles y, en resumen, pueden manifestarse en las siguientes posiciones: 1) el Estado social tiene como función asegurar los fundamentos básicos del status quo económico y social adaptándolo a las exigencias del tiempo actual y excluyendo permanentemente los disturbios para su buen funcionamiento; de modo que en esencia está destinado a garantizar el sistema de intereses de la sociedad actual, es decir, de la sociedad neocapitalista; 2) el Estado social significa una corrección no superficial, sino de fondo; no factorial (parcial) sino sistemática (total) del status quo, cuyo efecto acumulativo conduce a una estructura y estratificación sociales nuevas, y concretamente hacia un socialismo democrático”.

De forma tal, que todas las Constituciones patrias, desde mediados del siglo pasado, asumen de una u otra forma la del Estado social, dentro, o sometido al Estado de Derecho, sin que sea una “conquista” lograda a partir de la actual Constitución, donde el Estado puede intervenir en la actividad de mercado, y, por ende, intervenir en la actividad de los particulares, cuando a su entender lo requieran las necesidades.

Difícil es determinar o ponderar abstractamente que adquiere mayor peso, pues no siempre van a conciliar los intereses particulares y las necesidades sociales; sobre todo, entendiéndose que nuestros textos constitucionales han reconocido sistemáticamente los derechos individuales; sin embargo, si tomamos las propias palabras de García Pelayo, como defensor y voz de las nociones del Estado social, la intervención tiene marcados límites.

En su análisis del principio de legitimidad señala el citado autor¹¹:

“Los valores básicos a los que debía servir el Estado de Derecho liberal burgués, a través de su orden jurídico, eran los derechos individuales y, más específicamente, la libertad individual, la igualdad, la propiedad privada, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal... El Estado social de Derecho acoge los valores jurídico-políticos clásicos; pero de acuerdo con el sentido que han ido tomando a través del curso histórico y con las demandas y condiciones de la sociedad del presente. Además, a tales derechos clásicos añade los derechos sociales y económicos y, en general, los derivados de la función de la procura existencial. Por consiguiente, no sólo incluye los derechos para limitar la acción del Estado, sino también derechos a las prestaciones del Estado, que, naturalmente, han de obedecer al principio de la eficacia, lo que exige una armonización entre la racionalidad jurídica y la racionalidad técnica. El Estado, por consiguiente, no sólo debe omitir todo lo que sea contrario al Derecho, es decir, a la legalidad inspirada en una idea del Derecho, sino que debe ejercer una acción constante a través de la legislación y de la administración que realice la idea social del Derecho. Y en estas condiciones hay que reconocer que era más fácil o, por lo menos, ofrecía mayor grado de certidumbre, la sumisión rigurosa del Estado al Derecho cuando éste señalaba los límites a su acción que cuan-

¹¹ García Pelayo, Manuel: *ob. cit.*, p. 55 y 56.

do le impone prestaciones y acciones positivas. Ello plantea, sin duda, problemas complejos, pero cada tipo de Estado tiene que responder a la complejidad de su propia época, cada tipo de Estado debe procurar que tal complejidad no sea desorganizada, sino organizada y controlada, de tal modo que excluya en la medida de lo posible las conductas erráticas. Y para tal fin es necesario conservar las líneas maestras del Estado de Derecho”.

No cabe duda de la conclusión final, en tanto y en cuanto, la noción de Estado social no excluye las implicaciones de la noción del Estado de Derecho, como límite necesario a las actuaciones del Estado, sometido al imperio de las leyes, que tal como lo indica García Pelayo, explicando el Estado de Derecho: “*Estado de Derecho significa, así una limitación del poder del Estado por el derecho, pero no la posibilidad de legitimar cualquier criterio dándole forma de ley...*”. Esta frase sintetiza lo que ha sucedido en los últimos años en Venezuela, donde se dicta una ley para justificar los desmanes de la Administración, o peor aún, se deja en manos de la Administración que dicte un instrumento con forma y –cuestionablemente– fuerza de ley (más no ley) que lo regule, situación que retomaremos posteriormente.

Cabe entonces preguntarse si la noción de Estado social es contrapuesta en su concepción a la del Estado de derecho. De ser así, ¿cuáles serían los límites a la actuación del Estado, en un Estado social? Entonces, ¿qué sucede en un Estado social de Derecho?

A mi entender, el reconocimiento de derechos particulares, especialmente el derecho de propiedad y de libertad, implican necesariamente la noción y existencia de un Estado de derecho, independientemente que sea un Estado social, donde los límites de la ley deben mantenerse en los mismos términos que indica García Pelayo en el Estado de Derecho, aun cuando le agreguemos otros calificativos como “justicia”.

Siendo así, la intervención del Estado no podría menoscabar los derechos particulares, afectando el núcleo del derecho de propiedad, o la libertad de intervenir el particular en el mercado a posteriori, sin que el Estado compita en condiciones de *excesiva* ventaja¹² y por ende, desconociendo esos mismos derechos que debe proteger por mandato constitucional.

Tal como lo indica Gaspar Ariño¹³, sobre la noción de propiedad y libertad económica se funda una empresa, en la cual, una persona o grupo de personas ponen en riesgo un patrimonio. “*En definitiva, el empresario arriesga su propiedad, ejerce el control sobre los directivos de la empresa (en contrapartida de los riesgos que asume) y, una vez saldadas sus obligaciones para con los preceptores de ingresos garantizados (directivos, empleados, obligacionistas, etc.) se apropia de los remanentes. Esto es absolutamente justo y razonable: el empresario debe poder apropiarse del beneficio empresarial, que es la compensación del riesgo en que pone su patrimonio y el fruto de la dirección que ha dado a su inversión. En la disposición de beneficios, tendrá que invertir una parte (si no, desaparecería la empresa) para renovar equipos, contratar nuevo personal, etc. y, en definitiva, hacer crecer la empresa. Otra parte de los beneficios debe quedar sometida a impuestos, de forma que la riqueza generada por los propietarios y gerentes sea socialmente útil a otros. Así, el ius fruendi no es exclusivamente disfrutado por los dueños”.*

Sin embargo, el Estado empieza a involucrarse en otras exigencias a la empresa, tales como incrementos de tributos y otras obligaciones de imposición de carácter social; interviene en la producción, exige cuotas, controla inventarios, exige formas de distribución de los

¹² Entendiendo que su sola intervención como agente en el mercado, implica una indebida e insalvable ventaja.

¹³ Ariño Ortiz, Gaspar. Principios de... *ob. cit.* p. 241 y ss.

bienes; se involucra en el mercado en actividades idénticas, desplazando a otros empresarios; controla precios; control de cambios, impidiendo repatriar o disponer de los capitales y un sinnúmero de actividades, que de estar claro el industrial o comerciante de su aparición, seguramente no asume el riesgo de invertir

En estos términos empieza a dibujarse la noción de intervencionismo, pues el Estado actúa sobre el particular de manera directa, imponiendo indebidos límites o trabas, e indirectamente compitiendo con [más bien contra] los particulares en aparentes condiciones de igualdad en un mercado, cuando esas condiciones no pueden ser iguales desde el mismo momento en que el dinero invertido, no proviene del fruto y esfuerzo de la persona que invierte; o cuando para proteger un producto, se juega con los aranceles, lesionando nociones de igualdad del tributo y una serie de conductas amparadas en la noción abstracta de “*potestades*”, que le permite intervenir sin medida.

Sigue así creciendo la actividad del Estado, interviniendo directamente sobre los medios de producción, justificando medidas de control de precios, de cambios, asignando cuotas de producción a las empresas y un sinnúmero de actividades que erosionan la capacidad del particular de competir. Esta conducta no se puede endosar en Venezuela, al actual régimen político-económico, pues el fundamento constitucional no ha variado en gran medida conforme la Constitución de 1961, al punto que la justificación dada en sentencia de la Sala Política de la Corte Suprema de Justicia del 5 de octubre de 1970 (caso CANTV)¹⁴, parece extraída de posiciones del actual Tribunal Supremo al indicar:

“Las actividades del sector público pueden aumentar en la medida en que disminuyen las del sector privado, o viceversa, de acuerdo con el uso que hagan las autoridades competentes de los poderes que les confiere el constituyente en las citadas disposiciones .. Y en razón de ello, es posible que un servicio pase del sector público al sector privado, para que sea explotado como actividad comercial o industrial con fines de lucro, o que el Estado reasuma la responsabilidad de prestar el servicio directamente o por medio de un órgano contratado por él, entre otros motivos por razones de ‘conveniencia nacional’”.

El anterior extracto, parece justificable en el entendido que se trata de un servicio público, pero esas razones de “conveniencia nacional”, “interés general”, “orden público”, por su carácter eminentemente abstracto, resultan armas que en la noción de Estado social sirven para justificar cualquier actuación.

Y son precisamente esas actuaciones de las más dañinas, cuando el Estado interviene en el mercado creando empresas para competir, pero esas empresas no han sido creadas por propietarios, y en ellas, no se ha invertido ante un riesgo que tenga doliente. Los directivos no representan a un empresario, que además conoce el mercado, sino al propio Estado, que en muchas oportunidades no tiene ni peregrina idea de lo que se trata; los trabajadores lo hacen por un sueldo que no importa si lo produce la misma empresa, pues en definitiva es obligación del Estado sufragarlo; los costos son evidentemente menores que los que debe soportar la empresa privada, y un largo etc. Indudablemente no podemos hablar de que ambas empresas entran en competencia, pues la diferencia es abismalmente dispar. Tal como lo indica Mises¹⁵, obligan al empresario a actuar de una manera distinta a que si no hubiera dirigismo.

¹⁴ Extracto tomado del libro *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socio económico en Venezuela* de José Ignacio Hernández. FUNEDA, Caracas 2008.

¹⁵ Ludwig von Mises. “Acción Humana Tratado de economía” 4ta edición. Tomado de <http://www.fundacioncapitalismohumano.com/capitalismo/LUDWIG%20VON%20MISES/LA%20ACCION%20HUMANA.-LUDWIG%20VON%20MISES.pdf> revisión del 17/03/2017

Peor aún, si se trata de la “toma” por parte del Estado de empresas ya instaladas y en funcionamiento, pues se funda sobre el trabajo ajeno, lo que la práctica ha demostrado es que se trata de una parodia de empresa. Tal como lo expresa Gaspar Ariño, no hay empresa sin empresario.

Por ello, ante las interrogantes anteriormente formuladas, parece que la respuesta es la indicada por Mises¹⁶, cuando refiriendo a la propiedad privada de los medios de producción y en aquellos casos en que el Estado controla el destino que ha de darse a esos factores, señala:

“Ambos órdenes admiten precisa y exacta definición. No pueden confundirse; no cabe combinarlos ni entremezclarlos; no es posible gradual evolución que del uno conduzca al otro; resultan mutuamente contradictorios. Unos mismos factores de producción, en efecto, o son pública o son privadamente poseídos. El que dentro de cierta economía determinados elementos productivos sean propiedad pública, mientras otros pertenecen a los particulares, no arguye la existencia de un sistema mixto, en parte socialista y en parte capitalista. Tal economía es de mercado, siempre y cuando el sector público no se desgaje del sistema y lleve una vida separada y autónoma. (En tal caso nos hallaríamos ante dos organizaciones –una capitalista y otra socialista– coexistiendo paralelamente.) Porque lo cierto es que las empresas públicas, allí donde hay mercado y empresarios libres, lo mismo que los países socialistas que comercian con las naciones capitalistas operan bajo la égida del mercado.

Háyanse aquéllas y estos sujetos a las leyes del mercado y pueden consecuentemente apelar al cálculo económico”.

Señala el mismo autor, que:

La producción encuentra dadas, siguiendo los planes que la razón traza.

Tales planes –recetas, fórmulas, ideologías– constituyen lo fundamental; vienen a transmutar los factores originales –humanos y no humanos– en medios. El hombre produce gracias a su inteligencia; determina los fines y emplea los medios idóneos para alcanzarlos. Por eso resulta totalmente errónea aquella suposición popular según la cual la economía tiene por objeto el ocuparse de los presupuestos materiales de la vida. La acción humana constituye manifestación de la mente.

Han inventado las gentes, siguiendo tales derroteros, multitud de terceras soluciones, situadas, en opinión de sus autores, a mitad de camino entre el socialismo y el capitalismo. Los partidarios de tales sistemas aseguran que no son socialistas, pues mantienen la propiedad privada de los medios de producción, y que tampoco son capitalistas, pues imponen medidas tendentes a suprimir los «defectos» del mercado. Tal subjetiva defensa del intervencionismo carece de sentido para el estudioso que, rehuyendo todo juicio de valor, desea científicamente abordar los problemas económicos, de suerte que no puede, por tanto, de antemano y sin previo análisis, calificar de injusto, defectuoso o perjudicial aspecto alguno del orden capitalista”.

Parece ser lamentable la respuesta y el destino de tal aplicación, donde el Estado, bajo cualquiera que sea el fundamento que quiera aplicar, empieza a intervenir en la actividad de los particulares, por más sutil que sea, empieza a desplazarlo bajo el pretexto de satisfacer las necesidades sociales, colectivas o el manido interés general, siempre va a terminar, en alguna forma, en un estado intervencionista. Falta determinar el grado e intensidad para ver si puede compararse a los países de corte comunista o totalitarios, donde el particular se encuentra desplazado en su totalidad.

¹⁶ Ludwig von Mises. “Acción Humana tratado de economía” *ob. cit.*

DEL TOTALITARISMO

Frente al basamento del estado liberal burgués, que ha marcado nuestras Constituciones, especialmente aquellas del inicio de la vida republicana y que reconoce la existencia de libertades, los precursores del sistema socialista y su máxima expresión, el sistema comunista, especialmente Marx y Engels consideraban a ese reconocimiento de libertades, como una suerte de cáncer de la sociedad, que debía ser abolido y sustituido por principios de propiedad comunal y la primacía de los derechos colectivos sobre los individuales¹⁷. Sin embargo, esas garantías reconocidas por la Constitución, en cada momento, no han sido necesariamente efectivas, pues en los periodos presidenciales que van de 1958 a 1998, las garantías en general fueron suspendidas 21 veces, pero las referidas a las garantías económicas se mantuvieron prácticamente suspendidas durante todo el periodo de cuarenta años, lo que permitió que el Gobierno tomara ciertas medidas de índole económica, que son ciertamente atentatorias a los derechos y garantías individuales, tales como la libertad de empresa, de disposición de bienes, propiedad, etc., bajo cuya lupa se justificó entre otras medidas la de control de precios y la intervención bancaria. Sin embargo, hay que reconocer que existía un nivel de respeto, que entendiendo el alcance de las libertades constitucionales, procedieron a la suspensión de garantías para poder acometer dicha intervención.

Por su parte, durante el período que va desde 1999 hasta nuestros días, de más de 20 años, el Gobierno se ufana de que nunca ha suspendido las garantías constitucionales, aun cuando a su entender, han existido circunstancias graves que la hubieren justificado, presentándose así como un Estado más garantista; sin embargo, primeramente, por una la legislación eternamente delegada, donde el llamado a cumplir y hacer cumplir las leyes, de ejecutarlas en general, se convirtió en el legislador ordinario y luego, por un decreto de emergencia, donde el TSJ suplió (invadió, usurpó) funciones de la Asamblea Nacional, se otorgaron medidas especiales al presidente¹⁸, permitió que el ejecutivo dicte un producto que aunque tenga el remoque de Ley, no se formó con los requisitos constitucionales ni por el órgano natural, transfiriendo funciones y potestades que son en esencia intransferibles, mientras que por otra parte se dictan normas (entiéndase leyes, decretos leyes, resoluciones, providencias, etc.), que desconocen elementales principios de defensa, propiedad, libre comercio, competencia, etc., y produce una suspensión tácita, no declarada, formalizada, decretada, acordada ni consentida de ninguna forma, que conllevan a que los derechos y las garantías constitucionales conformen poco menos que un cascarón vacío¹⁹ que sólo sirve para otorgar falsos tintes de democracia, tolerancia y respeto a quienes confían –creen, o les conviene aparentar creer– en las actuaciones del gobierno y que pretende ser bandera ante la opinión internacional²⁰, tal como lo hemos sostenido en el Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas²¹.

¹⁷ En Venezuela hay muchos, en lo particular, en el poder judicial, que en privado, mantienen el mismo discurso, aun cuando defienden sus libertades y en especial, su propiedad, y están muy lejos de vivir una vida austera.

¹⁸ Difícil usar mayúsculas en muchos casos.

¹⁹ Tal como lo sostiene el prof. Francisco Delgado en su libro *Chavismo y derecho* (Editorial Galipán, Caracas 2017), el derecho es meramente instrumental a sus propios fines y por ende, desechable.

²⁰ Solo convalidados por otros regímenes igualmente totalitarios y algunos pocos países que aún tienen intereses o expectativas sobre Venezuela.

²¹ Silva Bocaney, José Gregorio. “Nueva perspectiva en la visión de la responsabilidad del estado”, publicado en la obra colectiva *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación 915-2015*. Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Tomo II, Caracas 2015.

Bajo este esquema, en un aparente y pleno Estado de Derecho, donde supuestamente se respetan los derechos y las garantías constitucionales, se va creando un marco de restricción que se aleja a la mera formalidad, para afectar profundamente esos derechos. El gobierno interviene cada vez más en actividades que son propias de los privados, no sólo imponiendo controles, a veces debidos y otras –los más desmedidos–, sino interviniendo directamente en actividades económicas, desplazando de manera absoluta al particular. En este contexto, el día 2 de febrero de 2015²², el presidente de la República señaló:

“Queridos Camaradas la batalla apenas está empezando en el campo económico, escúchese bien, nosotros tenemos que tomar el control, la dirección y establecer los correctivos profundos a todo el sistema de distribución, abastecimiento y fijación de precios de todos los productos y servicios del pueblo. Es una tarea del más alto nivel estratégico y de la más alta importancia si queremos seguir en paz la revolución. Ni siquiera estoy diciendo si queremos seguir la revolución, no, estoy diciendo si queremos seguir en paz la revolución”.

Pero lo que sucede no se trata de un azar, un acaso o broma del destino, sino que se trata de acciones previamente ideados y puestos en práctica, no de manera clandestina, sino abiertamente. Tan abiertamente, que fue plasmado en el manifiesto del partido unido de Venezuela, tal como lo reseña²³ Juan Ollarves en su trabajo publicado en el Universal en julio de 2010, donde el PSUV indicó entre sus bases:

“Necesitamos un Estado fuerte que vaya asumiendo progresivamente diversas esferas de la economía y la vida social y cultural. Surgirá así un nuevo Estado socialista que terminará de desplazar al Estado burgués” (...) “La comuna, como forma organizada de la comunidad, será la célula fundamental de la nueva sociedad”.

En los países comunistas se encontrarían plena justificación a estas actuaciones, toda vez que no existe reconocimiento constitucional a los derechos de propiedad y libertad en la forma en que lo conocemos. La farsa la encontramos en nuestro país, donde no ha existido mayor cambio en la forma como se reconoce la propiedad; sin embargo, en la práctica no sólo es letra muerta, sino que el Estado se entromete cada vez en la actividad del particular²⁴, encontrándonos en un Estado absolutamente autoritario, a tal punto, que el presidente de la República decreta hasta la navidad y la felicidad, al mejor estilo de George Orwell. Tal como lo señalé en el trabajo anteriormente citado, si bien es cierto, la Revolución Francesa hizo importantes aportes al Estado de Derecho, pareciera que en la Venezuela actual se tomó lo peor de la época del terror, descrita en frase que se atribuye al representante Jean-Lambert Tallien como un sistema consistente en *“amenazar a los individuos... en todo momento y por todo... con cualquier cosa que pueda concebir la imaginación cruel”*, que *“sitúa en cada hogar un espía, y en cada familia, un traidor al servicio de un tribunal de asesinos”*. Así discurre en la actualidad la vida del venezolano.

Si comparamos a la Venezuela actual, con aquellos caracteres que dibujan el estado totalitario, tal como lo señala el catedrático de Historia de la Universidad Complutense de Madrid, Antonio Fernández²⁵, entendemos que no cabe duda que ese fue el rumbo que marcó la moderna “revolución” venezolana:

²² <http://www.noticierodigital.com/2015/02/maduro-lanza-amenaza-a-farmatodo-ojala-se-meentienda-mas-alla-de-lo-que-digo/>

²³ http://www.eluniversal.com/2010/07/18/imp_pol_art_el-manifiesto-del-ps_1973534

²⁴ No sólo sobre el empresario o comerciante, sino del ciudadano común.

²⁵ Fernández García, Antonio: “Las ideologías totalitarias” AAVV: “El siglo XXI: mirando hacia atrás para ver hacia adelante” Fundación para el análisis y los estudios sociales. Papeles de la Fundación N° 60 pp. 65. España 2001. Fernando García de Cortázar, coordinador. Puede revisarse en

1.- Omnipotencia del Estado: Los individuos se encuentran totalmente subordinados al Estado y en consecuencia, no se encuentra una legislación que les ampare en sus derechos.

2.- Más propio de los regímenes fascistas, la exaltación de las emociones violentas, rechazando la razón como orientadora de la conducta y prima los sentimientos aptos para arrastrar a las masas.

3.- Culto al hombre providencial. Culto al caudillo, exhumación de un sentimiento religioso, el mito del Salvador. *“una forma de latría laica en la que se reemplaza a la divinidad por un hombre divinizado”*.

4.- Desigualdad de los seres humanos como afirmación elitista del gobierno de la minoría a la que le corresponde gobernar.

5.- Hipernacionalismo: bajo frases que conjugan al caudillo con la nación.

6.- Mística de la juventud. El autor compara en este caso los casos del fascismo y nacionalsocialismo, donde se mitificó el poder de la juventud, con la gerontocracia rusa.

7.- Violencia y víctima propiciatoria. Sitúan al enemigo en todo lo que esté fuera: fuera de fronteras, fuera de partido, etc. *“la violencia contra las minoría y disidentes ofrecía la ventaja de la cohesión política de los verdugos”*.

No cabe que la receta se aplica absolutamente en Venezuela. El autor citado señala que, ante ese entramado, una vez conquistado el poder, derivaron:

1.- Propaganda argamasa social. Violencia y propaganda constituían dos caras de una misma moneda. El adoctrinamiento continuo se convirtió en expresión de la actividad del poder.

2.- Un partido único. Se trataba de un todo que monopolizaba el ejercicio del poder.

3.- Estado permanente de ilegalidad. El totalitarismo sitúa las decisiones del poder estatal por encima y al margen de cualquier límite y en consecuencia no se sometían éstas al corsé de la legalidad. Los nazis ni siquiera se molestaron en derogar la Constitución vigente.

4.- Plenos poderes de la policía secreta. A sus intendentes se les confirió un poder incontrolado. Detenían, comunicaban, castigaban, al margen de cualquier tribunal.

5.- Terror.

No cabe duda que la receta se aplicó textualmente en Venezuela. No se trata de economía socializada, ni de socialismo light, ni socialismo democrático, sino que resulta evidente que corrimos y llegamos a los brazos del comunismo, faltando poco para seguir el sistema ruso que indicó Mises, por un camino puramente burocrático, donde *“Todas las industrias y explotaciones agrícolas, así como el comercio todo, queda nacionalizado (verstaatlicht); las empresas mercantiles devienen meros departamentos administrativos, operados por funcionarios públicos. Cada una de tales unidades ocupa, con respecto al órgano económico central, la misma posición que las diversas oficinas de Correos mantienen en relación con la correspondiente Dirección General”*. Ese paso, de la superficial y aparente afectación de la libertad de mercado, la hemos dado con la intervención de empresas, ante el argumento de la guerra económica.

Tal como lo señala Mises²⁶ en su libro *Socialismo*, “El socialismo es el paso de los medios de producción de la propiedad privada a la propiedad de la sociedad organizada, el Estado”, entendiéndose que socialismo y comunismo es exactamente lo mismo, toda vez que se le retira al ciudadano, paulatinamente y de diferentes forma, la posibilidad de disponer de su propiedad y por ende se afecta su libertad, independientemente del grado de la afectación, pues “el reconocimiento del derecho a la existencia, tal como lo entienden los teóricos del socialismo, no podría tener lugar sin la socialización de los medios de producción”.

O quizás, nos encontramos en una etapa intermedia, bajo la misma forma de gestión o dirigismo gubernamental sobre la empresa privada que se siguió en el nacionalsocialismo, descrito por Mises²⁷, donde los empresarios están absolutamente sometidos a las directrices del gobierno, indicando el citado autor:

“Los empresarios realizan compras y ventas, pagan a los trabajadores, contraen deudas y las amortizan, pagando los intereses. Pero sólo son empresarios nominales. El gobierno dice a estos aparentes empresarios qué deben producir y cómo deben producirlo, a qué precios y a quién deben comprar y vender. El gobierno dispone a quién y en qué términos deben confiar los capitalistas sus fondos, y dónde y por qué salario deben trabajar los obreros. Los intercambios en el mercado no son más que una parodia. Como todos los precios, salarios y tipos de interés son fijados por las autoridades, no son más que una mera apariencia; en realidad no son otra cosa que relaciones de cantidades determinadas autoritariamente. Las autoridades, y no los consumidores, dirigen la producción. Se trata de socialismo con la apariencia exterior del capitalismo”.

En la actualidad, seguimos ese ejemplo de parodia de mercado; en una caricatura de respeto a los derechos de los particulares, contenidos en la Constitución; en un remedo de autonomía de poder judicial, donde no es más que comparsa del mismo gobierno; en un parapeto de democracia, que al igual que el nazismo, fue decidido por una mayoría, procurando posteriormente a toda costa su perpetuación, y en un paralelismo de ambos sistemas, el nazismo ofrecía el Reich de los mil años, donde se ha usado –por los propios gobernantes– de nociones filosóficas diferentes de marxismo (el más puro comunismo), maoísmo (idem), que por definición resultan propios de estados totalitarios y autocráticos, así como socialismo, socialismo del Siglo XXI y una infinidad de apelativos.

¿Casualidad? ¿Ironías del destino? O más bien el resultado de décadas de socialismo democrático que siguió su natural evolución, fruto de esa herencia criolla...

Ahora bien, encontramos en la actualidad un grupo de personas que abonan por el desprestigio del Derecho administrativo, imputándole ser el causante de esta desgracia, cuando en Venezuela, desde el inicio de la vida republicana, fuimos marcado por como Estado sometido al régimen administrativo, sin que se observaren estas distorsiones, por lo menos en los periodos democráticos, al cual, no puede endilgarse las piruetas de los gobernantes para llevar al camino que en la actualidad estamos transitando. Por el contrario, fue por el irrespeto, en sus fundamentos institucionales y en sus principios propios del Derecho administrativo, que llegamos a estos rumbos. La falta de sometimiento al principio de legalidad, aliñado luego con la ausencia de separación de poderes, y un poder judicial que desde el año 1999 se

²⁶ Ludwig von Mises. *Socialismo. Análisis económico y sociológico*. 5ª Edición. Universidad Francisco Marroquín Unión Editorial. Madrid 2007. Revisado en su versión PDF. <http://www.anarcocapitalista.com/pdf.htm#Mises>

²⁷ Ludwig von Mises. “CRITICA DEL INTERVENCIONISMO”. (El mito de la tercera vía). Unión Editorial S.A. 2001, revisado en su versión PDF. <http://www.anarcocapitalista.com/pdf.htm#Mises>.

plegó a los designios del gobernante y que, aun cuando mantuvo en un principio cierto respeto por posiciones jurídicas, posteriormente fue cubierto por adláteres del mismo partido, que lejos de ejercer un verdadero control debido del poder, se convirtió en sastre de éste y una serie de malabarismos nos lleva a la actual camino que transitoriamente transita nuestra patria.

Pero al contrario de lo que pregonan dichas voces, enderezar el rumbo está en manos de ese Derecho administrativo, cuando se recupere el Estado de derecho, entendiéndose igualmente que esa ola de publicación (como técnica del Derecho administrativo) puede ser revertida con otra técnica inversa, como es la despublicación, que las libertades y derechos particulares han de respetarse; que el poder es susceptible de ser controlado y que van a existir tribunales, regidos por amantes del Derecho que conforme lo ordena la Constitución en la parte final de su artículo 259, van a ser capaces de restablecer la situación jurídica infringida lesionada por la actividad de la Administración.

El derecho de acceso a la información pública. Precedente fundamental de un modelo de gobierno abierto

María Grazia Buttaci Boscán

Abogado

Resumen: *El derecho de acceso a la información pública se refiere a la libertad de los ciudadanos de buscar, solicitar, acceder, recibir, utilizar, reutilizar y difundir la información que maneja el Estado como producto de su actividad, siempre y cuando ésta no se encuentre explícitamente tipificada en excepciones, y sin interferencia de las autoridades públicas; en la actualidad, haciendo un adecuado uso de las herramientas que nos ofrece la legislación vigente en la mayor parte de los países de Latinoamérica, pueden dirigirse peticiones de información a los entes de la administración pública y estos están obligados, de conformidad con las leyes especiales en la materia, a dar oportuna y adecuada respuesta, incurriendo en responsabilidad en caso de negar información y obstruir el ejercicio de este derecho humano fundamental ampliamente reconocido por distintos tratados y acuerdos internacionales.*

Del derecho de acceso a la información derivan conceptos y modelos que, actualmente, son los que rigen el funcionamiento de las instituciones en sistemas democráticos. En este breve análisis se hace referencia al modelo de open government, así como la influencia que tienen sobre éste los open data, ello con la finalidad de ilustrar a quienes se acercan al estudio de esta materia sobre sus principales características e interacciones.

Palabras Clave: *acceso, información pública, derechos humanos, gobierno abierto, datos abiertos.*

Abstract: *The right of access to public information refers to the freedom of citizens to search, request, access, receive, use, reuse and disseminate the information handled by the State as a product of their activity, as long as it is not explicitly typified in exceptions by the law, and without interference from public authorities. Making appropriate use of the tools offered by current legislation in most of the countries of Latin America, requests for information can be addressed to public administration entities, and they are obliged, in accordance with special laws on the matter to give a timely and adequate response, incurring responsibility in case of denying information and obstructing the exercise of this fundamental human right, widely recognized by different international treaties and agreements.*

From the right of access to information derive concepts and models that currently are those that govern the functioning of institutions in democratic systems. In this analysis, reference is made to the open government model, as well as the influence that open data has on it, in order to illustrate those who approach the study of this subject about its main characteristics and interactions.

Key words: *access, public information, human rights, open government, open data.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. DEFINICIÓN Y RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL
 1. *Limites al derecho de acceso a la información.*
- II. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN AMÉRICA LATINA: ESTADO DEL ARTE
- III. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, GOBIERNO ABIERTO Y DATOS ABIERTOS
 1. *Gobierno Abierto u open government.* 2. *Principios del gobiernos abierto.*
- IV. IMPORTANCIA DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS MODERNAS
- V. POLÍTICAS DE GOBIERNO ABIERTO U OPEN GOVERNMENT
- VI. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso a la información pública se refiere a la libertad de los ciudadanos de buscar, solicitar, acceder, recibir, utilizar, reutilizar y difundir la información que maneja el Estado como producto de su actividad, siempre y cuando ésta no se encuentre explícitamente tipificada en excepciones, y sin interferencia de las autoridades públicas; en la actualidad, haciendo un adecuado uso de las herramientas que nos ofrece la legislación vigente en la mayor parte de los países de Latinoamérica, pueden dirigirse peticiones de información a los entes de la administración pública y estos están obligados, de conformidad con las leyes especiales en la materia, a dar oportuna y adecuada respuesta, incurriendo en responsabilidad en caso de negar información y obstruir el ejercicio de este derecho humano fundamental ampliamente reconocido por distintos tratados y acuerdos internacionales.

Del derecho de acceso a la información derivan conceptos y modelos que, actualmente, son los que rigen el funcionamiento de las instituciones en sistemas democráticos. En este breve análisis se hace referencia al modelo de *open government*, así como la influencia que tienen sobre éste los *open data*, ello con la finalidad de ilustrar a quienes se acercan al estudio de esta materia sobre sus principales características e interacciones.

I. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. DEFINICIÓN Y RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

El derecho de acceso a la información pública se refiere a la libertad de los ciudadanos de buscar, solicitar, acceder, recibir, utilizar, reutilizar y difundir la información que maneja el Estado como producto de su actividad, siempre y cuando ésta no se encuentre explícitamente tipificada en excepciones por razones de seguridad de Estado, y sin interferencia de las autoridades públicas. Es así como se considera que “el derecho a la información y a la comunicación del ciudadano” comprende el libre acceso a la información pública.¹

* Abogada Magna Cum Laude (ULA). Especialista en Derecho Administrativo, tesis con mención publicación: Herramientas previstas en el ordenamiento jurídico venezolano en la lucha contra la corrupción (CIEPROL-ULA). Diploma en Gerencia Municipal (CIEPROL-ULA). Especialista en Estudios sobre la Administración Pública (Universidad de Bologna-Italia).

¹ Fuenmayor, A (2004). El Derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. Análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se convirtió en el primer tribunal internacional en reconocer el Derecho de Acceso a la Información Pública como un Derecho Humano Fundamental² protegido por tratados de derechos humanos que obligan a los países a respetarlos.

El acceso a la información pública está previsto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (a través del Pacto de San José de Costa Rica de 1969).

El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que: *Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.*

En este mismo sentido, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé que: “... 2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones 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.*

3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*

a) *Asegurar 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 o la moral públicas.”*

Mientras que, por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Libertad de Pensamiento y de Expresión lo prevé de manera idéntica en su artículo 13.³

En cuanto a la aplicabilidad en la legislación interna de este derecho, ya reconocido como derecho humano fundamental, vale la pena hacer referencia a algunas nociones sobre la incorporación, interpretación y aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos. En primer lugar, depende de si el Estado ha adoptado una concepción monista o dualista. Si el Estado ha adoptado una concepción monista, estos se incorporan de forma automática al

ciudadanos a la información pública. (1.ed.), San José, Costa Rica: Oficina de la UNESCO para América Central.

² Ver Sentencia de 19 de septiembre de 2006: Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

³ Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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 informaciones 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 a la reputación de los demás, o*

b) *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”*

derecho interno luego de haber sido ratificados soberanamente, constituyéndose en norma de aplicación inmediata; mientras que en un sistema dualista, es necesario un expreso acto de transformación legislativa que reescriba el contenido de la norma internacional, siguiendo el procedimiento interno establecido para la aprobación de leyes. Esto es determinado por el derecho constitucional del Estado de que se trate.

Por otra parte, la mayoría de las constituciones nacionales de las Américas disponen expresamente que el derecho internacional de los derechos humanos forma parte del derecho del Estado, adquiriendo a su vez, bien sea carácter supraconstitucional (Guatemala, Honduras, Venezuela), constitucional (Argentina, Brasil, Perú), supralegal (Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Colombia, Paraguay o legal (EEUU, Uruguay y México).

Conviene además subrayar que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos importa tener en cuenta el principio *pro homine* que está orientado a privilegiar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano. El principio *pro homine* es perfectamente aceptado en la doctrina acerca de la defensa judicial de los derechos humanos debido a su objetivo garantorio, y a que estos derechos son conferidos a los individuos frente al Estado.

Como se indicó anteriormente, el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental protegido por el artículo 13 de la Convención Americana que comprende la obligación positiva, a cargo del Estado, de permitir a los ciudadanos acceder a la información que se encuentra en su poder.

En este sentido, el principio 2 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que *“toda persona tiene el derecho de buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula expresamente el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos”* (que se refiere a su vez a los derechos a buscar y a recibir informaciones) protegiendo así el derecho que tiene toda persona a acceder a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el estricto régimen de restricciones previamente establecido en instrumentos legislativos.

La comisión de asuntos jurídicos y políticos del Consejo Permanente de la OEA, en el año 2010, aprobó una Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información que establece la más amplia aplicación posible del derecho de acceso a la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad pública.

La ley se basa en el principio de máxima publicidad, de tal manera que cualquier información en manos de las instituciones públicas:

- sea completa, oportuna y accesible, y
- esté sujeta a un claro y preciso régimen de excepciones que deben estar definidas por la ley, así como ser legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática.

Este instrumento normativo se aplica, en los países miembro, a toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del gobierno, en todos los niveles de la estructura gubernamental internas así como a todos los organismos o entidades independientes o autónomos propiedad del gobierno o controladas por el mismo.

También prevé que, siendo el acceso a la información un derecho fundamental y una condición esencial para todas las sociedades democráticas, aún en ausencia de petición específica, los órganos públicos deberán divulgar información sobre sus funciones de manera regular y proactiva, además de asegurar que dicha información sea accesible y comprensible.

1. *Límites al derecho de acceso a la información*

La Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información especifica las limitaciones al derecho de acceso a la información por parte de los ciudadanos, se trata de circunstancias que deben ser legítimas (previstas en el ordenamiento jurídico interno) y estrictamente necesarias en una sociedad democrática y se refieren a cuando el acceso dañare intereses privados como el derecho a la privacidad (incluyendo aquella relacionada a la vida, la salud o la seguridad), intereses comerciales y económicos legítimos, así como patentes, derechos de autor y secretos comerciales. Por otra parte, el acceso puede ser limitado cuando genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo a intereses públicos como la seguridad pública, la defensa nacional, las relaciones internacionales e intergubernamentales, entre otras especificadas taxativamente en el texto de la ley modelo⁴.

II. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN AMÉRICA LATINA: ESTADO DEL ARTE

Si bien en muchos países de nuestro continente, como Brasil, Chile, Perú, Argentina, Uruguay, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Honduras, República Dominicana y México, se han aprobado instrumentos normativos que garantizan y regulan el derecho de acceso a la información pública por parte de los ciudadanos, este concepto aún no se ha afianzado lo suficiente para permitir a los ciudadanos aprovechar sus potencialidades.

La falta de promoción de dichos instrumentos y su contenido, por parte de la administración pública, es la causa principal de esto. Resulta necesario para el desarrollo de nuestra sociedad ponderar el verdadero valor del derecho de acceso a la información, para ello, los operadores jurídicos y estudiosos del derecho, debemos contribuir a su divulgación para que el mismo tenga un alcance que permita el máximo aprovechamiento de sus potencialidades.

III. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, GOBIERNO ABIERTO Y DATOS ABIERTOS

El derecho de acceso a la información está íntimamente ligado a un modelo de gobierno abierto, modelo basado en la transparencia, la participación, la colaboración y la rendición de cuentas, que se propone fortalecer las instituciones democráticas y la gobernabilidad, mejorando la legitimidad de las instituciones y actores públicos y la gobernabilidad. El concepto de Gobierno Abierto u *Open Government*, ha evolucionado rápidamente en algunas realidades, y es así como en algunos países los datos e informaciones en posesión de la Administración Pública, han sido aprovechados por ciudadanos que les han agregado valor y obtenido beneficios económicos, beneficios que en algunos casos, han impactado favorablemente el desarrollo y economía del país.

1. *Gobierno abierto u open government. Principios*

Durante más de dos décadas, la idea de gobierno abierto, o administración abierta, se ha relacionado con el acceso y la libertad de información, por un lado, y con las normas sobre secreto y la posibilidad de poder acceder a información sobre actividad administrati-

⁴ Para un estudio más profundo en materia de limitaciones y excepciones al derecho de acceso a la información pública puede consultarse el texto de la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información: https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf

va, por el otro, todo esto combinado con la aprobación y promoción de normas sobre el derecho de acceso a la información y la transparencia.⁵

Numerosas reglas inspiradas en el modelo de la Ley de Libertad de Información o FOIA, que establece un derecho general de acceso a fuentes cognitivas, no conectadas a situaciones específicas de legitimación y reconocidas al ciudadano como tal, han sido adoptadas en la última década alrededor del mundo. Es a partir de la coincidencia sustancial entre los conceptos de libertad de información y gobierno abierto que la transparencia se ha afianzado en el escenario internacional como un nuevo paradigma de instituciones democráticas.

Aunque la noción de gobierno abierto se ha extendido notablemente en los últimos años, la primera referencia escrita a este criterio es atribuible a Wallace Parks. Él, en su artículo publicado post mortem en 1957, titulado: *The open government principle: Applying the right to know under the constitution*, (cuya traducción sería: *El principio de gobierno abierto: utilizando el derecho a saber bajo la constitución*) usó el término gobierno abierto e, incluso si no lo definió explícitamente (después de todo, aparece solo cuatro veces en las veintidós páginas del texto), sugirió que está relacionado con la disponibilidad de la información en poder del gobierno y con el concepto de *accountability*, o rendición de cuentas⁶. Las ideas de Parks provocaron una intensa presión hacia una reforma legislativa, lo que resultó en la aprobación en Estados Unidos, de la Ley de Libertad de Información o FOIA⁷ en 1967, una ley que reconocía a los ciudadanos el derecho de acceder, bajo solicitud, a la información en posesión de todos los niveles de gobierno (cualquier agencia federal, en el caso estadounidense) para mantenerlos al tanto de la actividad de la administración. A partir de ese momento, el término “administración abierta” comenzó a concebirse como acceso público a la información administrativa o transparencia de la administración.

En Europa, en los años setenta, Dinamarca y Noruega aprobaron leyes equivalentes, al igual que Francia y Holanda; También el gobierno británico, a fines de esa década, impulsó iniciativas vinculadas a una mayor libertad de información y acceso a actividades administrativas. Mientras en América, Canadá promulgó su ley de acceso a la información pública en 1983, México en 2002 y Perú en 2003⁸.

Actualmente, más de cien países del mundo tienen en su ordenamiento jurídico una ley que garantizan el acceso a la información pública. A excepción de Bolivia, Costa Rica, Cuba y Venezuela, la mayoría de los países de América Latina tienen leyes en esta materia.

Desde septiembre de 2015 los países miembros de las Naciones Unidas adoptaron unánimemente la Agenda 2030 que establece pautas de políticas de desarrollo nacionales y globales para los próximos 15 años. En estas pautas está la lista de objetivos de desarrollo sostenible, entre los cuales se considera garantizar el acceso público a la información y la protección de libertades fundamentales, de conformidad a las legislaciones nacionales y acuerdos internacionales.

⁵ Véase Gascó, M. “Qué es un gobierno abierto (y que no lo es)”, en *Guía práctica para abrir gobiernos. Manual de “Open Government” para gobernantes y ciudadanos*. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. 2014, pp. 9-22.

⁶ Para un ulterior análisis se puede consultar: Yu, H., Robinson, D. (2012). *The New Ambiguity of Open Government*. UCLA Law Review Discourse N° 178. pp. 184-187.

⁷ Para profundizar sobre la FOIA estadounidense puede visitar el sitio: <https://www.foia.gov>

⁸ No se trata de un elenco exhaustivo, para conocer cuando fueron promulgadas las leyes en materias de acceso a la información en los países de América Latina, visitar: <https://observatoriop10.cepal.org/es/recursos/america-latina-caribe-paises-que-cuentan-ley-acceso-la-informacion-publica-ano>

Los pilares del gobierno abierto, tal y como se concibe en la actualidad, tienen su origen en un memorándum que sobre transparencia y gobierno abierto “Memorandum on Transparency an Open Government”⁹ presentó en el 2009 Barack Obama, presidente de los Estados Unidos, que mediante éste propuso a los principios de transparencia, participación y colaboración como necesarios para reforzar la confianza en la administración pública. En este memorándum también incentivaba el uso de la tecnología con la finalidad de hacer públicas (a través de la publicación online) la información relativa a sus funciones y decisiones, al considerar que la apertura u *openness* fortalece la democracia y su vez promueve la eficacia y la eficiencia del gobierno.

En este memorándum, la transparencia está vinculada a la rendición de cuentas o *accountability*, entendida como la responsabilidad pública y la puesta a disposición de los ciudadanos de las informaciones sobre las actividades que lleva a cabo el gobierno. Este último debe “abrir” tales informaciones rápidamente, de manera que los ciudadanos puedan encontrarlas y utilizarlas, esto mediante el empleo de las nuevas tecnologías (publicándolas online).

En cuanto a la participación, es vista como una oportunidad para aumentar la efectividad y mejorar la calidad de las decisiones, esto a través de una amplia intervención de los ciudadanos en los proceso de diseño de políticas publicas o *policy making*, aprovechando los conocimientos y las informaciones con las que estos cuentan.

Mientras que la colaboración implica que los ciudadanos sean hagan partícipes del trabajo de sus respectivas administraciones públicas (en los distintos niveles territoriales), esto mediante la utilización de instrumentos innovadores, métodos y sistemas para cooperar entre ellos, y no solo con otros ciudadanos particulares sino también con ONG, empresas y otros individuos del sector privado, para perseguir así la implicación o intervención de distintos tipos de actores externos en las actividades propias de la administración.

Este memorándum instó también a las administraciones a pedir a un adecuado feedback a la colectividad, lo que permitiría aumentar y mejorar las oportunidades de ampliación de estos principios.

Es así como el acceso ciudadano a información, datos y documentos en poder de la administración pública tiene como objetivo promover formas generalizadas de control sobre el ejercicio de las funciones institucionales y el uso de los recursos públicos, así como promover la participación en el debate público. Por lo tanto, el acceso a la información puede convertirse también en una herramienta a través de la cual los ciudadanos o las empresas entran en contacto con las administraciones, para proporcionar críticas y sugerencias y para ser escuchados sobre diferentes temas relacionados con la administración pública, adaptando así esta institución a los otros dos paradigmas de gobierno abierto, es decir, la participación y la colaboración.

2. Datos abiertos: herramienta necesaria para un gobierno abierto

Para implementar los principios de transparencia, participación y colaboración, que caracterizan y representan el objetivo final de la doctrina de gobierno abierto, es necesario que los ciudadanos tengan pleno acceso a la información en poder de las administraciones, y esto se hace efectivo mediante el uso de tecnologías de comunicación e información (TIC).

⁹ Memorandum on Transparency an Open Government, January 21, 2009, disponible en: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/transparency-and-open-government>

La orientación actual está en continuidad con la política estadounidense que ha promovido el conocimiento de los actos administrativos desde la adopción en 1967 de la Ley de Libertad de Información o *FOIA (Freedom of Information Act)*, y que también ha proporcionado, desde su nacimiento, el derecho a los ciudadanos a acceder a los archivos de todos los niveles de la administración estadounidense previa solicitud.

Esta política también requiere que las agencias publiquen en línea y de manera proactiva ciertas categorías de información, incluidas las que se solicitan con mayor frecuencia, pudiendo retener información solo si pueden lesionar intereses protegidos o si la ley expresamente lo prohíbe.

La *FOIA* establece el derecho de cualquier persona a solicitar documentos en posesión de las agencias federales, sin limitaciones en las posibilidades de uso, también con fines comerciales, y prohíbe la atribución de derechos exclusivos a la información del sector público, que son de dominio público: la administración, desde este punto de vista, actúa como administrador de datos que posee, no como propietario.

El movimiento *open data* tuvo también un significativo impulso gracias al Memorandum Obama del 2009, en el mismo se lee que hasta donde sea posible, y limitándolo solo a restricciones validas, las *agencias* del gobierno debían publicar la información on line utilizando un formato abierto con la posibilidad ser recuperado, sujeto a acciones de download, indizado y buscado a través de las aplicaciones de navegación web comúnmente utilizadas.

En los últimos años, y a nivel mundial, ha surgido una clara tendencia a favor de los datos abiertos. Este modelo ha sido aceptado en los sistemas legales de diferentes países, y establece que las administraciones deben proporcionar los datos, documentos e informaciones en su posesión sin que ello implique un costo para el solicitante (en algunos casos se prevé el pago de una tarifa equivalente al valor de las fotocopias, si se trata de un acceso a la información en formato impreso). Los datos, documentos e informaciones también deben ser descargables, utilizables con licencias abiertas y formatos no propietarios, y por lo tanto modificables y reproducibles por cualquier persona, sin formas de control o restricciones, para garantizar la máxima difusión y uso completo por parte de los ciudadanos.

La Open Knowledge Foundation establece que la apertura está caracterizada por: *Disponibilidad y acceso: la información debe estar disponible como un todo y a un costo razonable de reproducción, preferiblemente descargándola de internet. Además, la información debe estar disponible en una forma conveniente y modificable.*

Reutilización y redistribución: los datos deben ser provistos bajo términos que permitan reutilizarlos y redistribuirlos, e incluso integrarlos con otros conjuntos de datos.

Participación universal: todos deben poder utilizar, reutilizar y redistribuir la información. No debe haber discriminación alguna en términos de esfuerzo, personas o grupos. Restricciones “no comerciales” que prevendrían el uso comercial de los datos; o restricciones de uso para ciertos propósitos (por ejemplo sólo para educación) no son permitidos.¹⁰

En una regulación relativa a la apertura total, los datos, documentos e informaciones sujetos a la misma deben publicarse en un formato de tipo abierto y poder ser reutilizables sin más restricciones que la obligación de citar la fuente y respetar su integridad.

Es fundamental, en un régimen que discipline los datos abiertos, que las administraciones públicas aseguren la disponibilidad, gestión, acceso, transmisión, almacenamiento y

¹⁰ <http://opendatahandbook.org/guide/es/what-is-open-data/>

usabilidad de la información en modo digital, y que se organicen internamente para actuar con este propósito utilizando las tecnologías de la información y la comunicación de la manera más adecuada para satisfacer los intereses de los usuarios.

Con respecto al acceso electrónico y la reutilización de los datos de la administración pública, las mismas deberían publicar en su sitio web el catálogo de datos, metadatos y las bases de datos en su poder, así como los datos, documentos e informaciones que poseen deben considerarse “abiertos”, con la excepción de los casos en que la publicación se refiera a datos personales o a información sensible relativa a la seguridad interna y externa del país, o bien a límites y excepciones taxativamente previstas por el ordenamiento jurídico interno y suficientemente motivadas.

Nos encontramos en presencia de un fenómeno que poco a poco se ha ido reforzando y definiendo sus propias características. Los principios del *open data government* o gobierno de datos abiertos vinculan la transparencia con la reutilización de la información, y alientan la participación y la colaboración en beneficio de una ampliación del conocimiento, tanto público como privado. Los datos abiertos y el gobierno abierto, oportunamente insertados en un ecosistema diseñado para promover la responsabilidad o *accountability* de la administración pública y la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, pueden constituir instrumentos eficaces no solo para la lucha contra la corrupción, sino también para la adecuada valoración del patrimonio público que conforman los datos, documentos e informaciones públicas en posesión de los entes estatales, desde el punto de vista de los beneficios no solo de mejoramiento de la calidad de los servicios ofrecidos a los ciudadanos y por ende de su calidad de vida, sino también de un retorno económico gracias al aprovechamiento de tal patrimonio informativo, que como ha sido demostrado en distintas realidades a nivel internacional, ofrece infinitas posibilidades de agrupamiento, transformación, utilización y reutilización.

IV. IMPORTANCIA DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS MODERNAS

Como bien se ha expresado a lo largo de este texto, el acceso de los ciudadanos a la información juega un papel crucial en favor de la participación y la colaboración. El análisis y la distribución de los datos en poder de las administraciones públicas constituye una actividad funcional no solo para el control por parte de los ciudadanos, sino también para la producción o coproducción de servicios que utilizan datos (incluso simples, como datos meteorológicos, geográficos, de tráfico) publicados por las administraciones públicas, gestionándolos a través de aplicaciones que también podrían suponer un retorno económico para los particulares que desarrollen las mismas. El tiempo “ahorrado” por los usuarios de aplicaciones que reseñan el tráfico en una localidad, por ejemplo, también puede monetizarse.

Por lo tanto, la información en poder de las entidades públicas no es solo un recurso de la administración individual, sino de toda la comunidad, y la creación de nuevos servicios basados en el proceso de apertura de datos y en la gestión de los mismos aumentaría la naturaleza democrática del sistema.

Para conectar datos abiertos y gobierno abierto, los usuarios deben ser vistos, no solo como receptores de una cantidad importante de información, sino también como una parte constitutiva y necesaria del proceso de identificación de las necesidades de TIC. Las administraciones tienen la tarea de centrar la atención en los datos más interesantes, procesar conjuntos de datos seleccionados e identificar herramientas y mecanismos para la participación y la reutilización creativa de datos dando prioridad a las solicitudes que provengan de la sociedad civil, y también a mejorar la calidad de la información puesta a disposición por la administración.

Las administraciones tienen la tarea de centrar la atención en los datos más interesantes, desarrollar conjuntos de datos seleccionados e identificar herramientas y mecanismos para la participación y la reutilización creativa de datos. Con este fin, las administraciones deben explotar la dinámica de abajo hacia arriba (*bottom up*) en el procesamiento de los datos que poseen, teniendo en cuenta los datos que se solicitan con mayor frecuencia para acceder a conjuntos de datos útiles y de calidad. No deben limitarse a cumplir con las obligaciones impuestas por el legislador y adoptar solo un enfoque de arriba hacia abajo (*top down*).

Por otro lado, las administraciones públicas deben difundir el uso y la reutilización de los datos puestos a su disposición e involucrar a los usuarios cada vez más, haciendo uso del conocimiento y la retroalimentación que reciben, mejorando la comunicación bidireccional que caracteriza a las administraciones inspiradas por los principios fundamentales del gobierno abierto.

V. POLÍTICAS DE GOBIERNO ABIERTO U OPEN GOVERNMENT

Vale la pena hacer una breve referencia a elementos que favorecen el desarrollo de una política orgánica de promoción de gobiernos abiertos que incluyen además la publicación de datos en formato abierto (u open data), con tal finalidad encontramos un contexto de estímulos internacionales y de iniciativas multilaterales promovidas por la sociedad civil y por los gobiernos, entre las que puede señalarse la Alianza para el Gobierno Abierto, OGP en sus siglas en inglés (*Open Government Partnership*)

La Alianza para el Gobierno Abierto es una iniciativa internacional que mira a conseguir compromisos concretos por parte de los gobiernos en materia de promoción de la transparencia, apoyo a la participación ciudadana, lucha contra la corrupción y difusión de datos dentro y fuera de la administración pública, de rendición de cuentas de las propias actividades y decisiones (*accountability*), así como el uso de nuevas tecnologías en pro de la innovación; todo esto a través de planes de acción que involucran a la sociedad civil, la que a su vez controla la concreta implementación de los compromisos asumidos.

La Alianza para el Gobierno Abierto nació oficialmente el 20 de septiembre de 2011 con la adhesión de 8 países (Brasil, Gran Bretaña, Indonesia, México, Noruega, Filipinas, Sudáfrica y los Estados Unidos), desde el 2011 hasta ahora otros 67 países se han adherido a la misma.

Los Planes de Acción son uno de los elementos centrales de la Alianza para el Gobierno Abierto, todos los países participantes, de hecho, se comprometen a alcanzar los objetivos establecidos por la OGP a través de las iniciativas específicas contenidas en estos planes que tienen una duración de dos años. Estos últimos se adoptan a través de un proceso que prevé la participación activa de la sociedad civil y la supervisión de esta última en la implementación de las iniciativas presentadas y aprobadas.

Los compromisos asumidos por los Estados pueden basarse en los esfuerzos ya existentes en esta área para su implementación o para identificar nuevas acciones a emprender y completar las ya previstas, o también pueden traducirse en reformas legislativas y sistémicas dirigidas a la concreta y efectiva implementación de estos compromisos en términos de transparencia, participación, colaboración y responsabilidad, así como la innovación tecnológica de la administración.

VI. CONCLUSIONES

El derecho de acceso a la información pública es un derecho humano fundamental reconocido por tratados internacionales, y en nuestro hemisferio, está garantizado y protegido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es un derecho y además un deber de los ciudadanos solicitar información y exigir el respeto de las garantías que en torno al mismo la Constitución y las leyes del Estado protegen. El ejercicio consciente y reiterado del mismo, a través de la participación ciudadana, la exigencia de cumplimiento de las garantías de éste derecho al Estado, a sus entes, órganos y empleados, bien ante los órganos de justicia del Estado, bien ante órganos de justicia como la CIDDDH y los precedentes que de sus actuaciones puedan crearse, servirán a la promoción y al afianzamiento del derecho en el hemisferio, en todos los niveles territoriales, y como consecuencia de esto, a la efectiva instauración de un modelo de gobierno abierto y al servicio de los ciudadanos, en el que estos últimos puedan participar y colaborar.

Una administración abierta es un elemento fundamental de la democracia. A pesar de las numerosas barreras culturales y políticas que pueden comprometer la implementación efectiva del mismo, las administraciones públicas tienen que cumplir con el papel fundamental de productores de datos, documentos e información. Este rol, administrado correctamente, podría tener un impacto significativo en la transparencia y la lucha contra la corrupción dentro de la administración pública, con una efectividad directamente relacionada con la participación efectiva, la colaboración y el control de los ciudadanos en el ejercicio de las funciones institucionales y uso de recursos públicos e innovación general de la administración pública.

Todo esto debe combinarse con la difusión, llevada a cabo por las administraciones públicas y dirigida a los ciudadanos, del derecho de acceso a la información, sobre las herramientas desarrolladas para su ejercicio gracias a las tecnologías de la información y la comunicación, así como sobre su uso adecuado y ventajoso.

En las últimas décadas, el concepto de gobierno abierto se ha estructurado gradualmente como un modelo administrativo vinculado al acceso y la libertad de información sobre la actividad administrativa. Además, el gobierno abierto, como modelo de administración al servicio del ciudadano, se basa no solo en la transparencia y la responsabilidad necesaria que se deriva de la administración pública, sino también en la dinámica de participación, participación y colaboración de los ciudadanos en los procesos de formulación de políticas y su evolución, el fortalecimiento de la democracia y la promoción de la eficiencia y la eficacia del gobierno (tal y como en su momento Obama afirmó en su conocido memorándum). El resultado final de esto es un fortalecimiento de la comunicación bidireccional, un elemento fundamental de las administraciones inspiradas en los principios del gobierno abierto.

Ahora bien, es importante destacar el protagonismo de los datos en formatos abiertos u *open data* que en la actualidad, se consideran un recurso esencial para el crecimiento económico, la creación de empleo y el progreso de la sociedad en general. Por ejemplo, el portal europeo de datos establece que los datos abiertos ofrecen varias ventajas para la mejor eficiencia de las administraciones públicas, en lo que respecta al suministro y la prestación de servicios públicos, pero también para el crecimiento económico del sector privado, dado por el desarrollo de servicios innovadores y la creación de nuevos modelos de negocio, para un bienestar social más extendido, porque cuando la información es transparente y accesible mejora la colaboración, la participación y la innovación social.

Las administraciones públicas, en el contexto regulatorio actual, tienen un papel fundamental como productores de datos, documentos e información en asuntos relevantes como el transporte público, el turismo, la cultura y las actividades de producción. Si se gestiona ade-

cuadramente, este papel puede tener un impacto significativo, como ya se ha dicho, no solo en términos de transparencia y lucha contra la corrupción dentro de la administración pública, sino también en la innovación del país a través de la producción o coproducción de servicios, utilizando datos publicados por las administraciones públicas, lo que puede generar ahorros en la gestión pública y un retorno económico para el ciudadano involucrado en tal proceso.

La implementación de estrategias nacionales para la mejora de los datos públicos con el objetivo de poner a disposición como datos abiertos, aquellos a través de los cuales se pueda lograr un fuerte impacto en la sociedad civil y las empresas, mediante la identificación de bases de datos clave, el crecimiento de cultura de datos abiertos y su reutilización creativa, puede favorecer la colaboración y participación, de ciudadanos y empresas, en beneficio de una ampliación del conocimiento, tanto privado como público. Esto, teniendo en consideración que la información en poder de las entidades públicas no es solo un recurso de la administración individual, sino de toda la comunidad, y que la creación de nuevos servicios basados en el proceso de apertura de datos y en la gestión de los mismos tendría como consecuencia el aumento de la naturaleza democrática del sistema.

Fuentes Consultadas:

Fuenmayor, A. (2004). *El Derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. Análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública.* (1ª ed). Oficina de la UNESCO para América Central: San José, Costa Rica. [en línea]. http://portal.unesco.org/es/file_download.php/561ff4bc2719856c5184270296fc48f5EL+DERECHO+DE+ACCESO+DE+LÓS+CIUDADANOS+A+LA+INFORMACION+PUBLICA.pdf. [consultado: septiembre 21, 2018].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Sentencia de 19 de septiembre de 2006: Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. [en línea]. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf. [consultado: septiembre 21, 2018].

Botero, C. **Informe anual de la relatoría para la libertad de expresión.** Organización de Estados Americanos (OEA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Washington D.C., Estados Unidos. 2009. [en línea]. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202009%201%20ESP.pdf>. [consultado: septiembre 21, 2018].

Botero, C. **El Derecho de Acceso a la Información en el marco jurídico Interamericano.** (2ª ed). Organización de Estados Americanos (OEA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Washington D.C., Estados Unidos. 2011. [en línea]. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/acceso%20a%20la%20informacion%202012%20da%20edicion.pdf>. [consultado: septiembre 21, 2018].

Departamento para la Gestión Pública Efectiva (DGPE). **El Acceso a la Información Pública, un Derecho para ejercer otros Derechos.** Organización de Estados Americanos (OEA), Departamento para la Gestión Pública Efectiva (DGPE): Washington D.C., Estados Unidos. 2013. [en línea]. <https://www.oas.org/es/sap/dgpe/concursoinformate/docs/CortosP8.pdf>. [consultado: septiembre 21, 2018].

Gascó, M. Qué es un gobierno abierto (y que no lo es), in *Guía práctica para abrir gobiernos. Manual de "Open Government" para gobernantes y ciudadanos.* Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. 2014. pp. 9-22. [en línea]. <http://www.goberna.americalatina.org>. [consultado: febrero 12, 2017].

Open Data Foundation. **Open Data Handbook**. [en línea]. <http://opendatahandbook.org/guide/es/what-is-open-data/>. [consultado: 23 Agosto, 2019].

Yu, H., Robinson, D. **The New Ambiguity of “Open Government”**. *UCLA Law Review Discourse* n. 178. 2012. pp.180-208. [en línea]. <http://www.uclalawreview.org> . [consultado: marzo 3, 2017].

Tratados Internacionales

Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) 217 A (III). Diciembre 10, 1948. [en línea]. <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>. [consultado: septiembre 21, 2018].

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) 2200 A (XXI). Diciembre 16, 1966. [en línea]. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. [consultado: septiembre 21, 2018].

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Noviembre 22, 1969. [en línea]. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. [consultado: septiembre 21, 2018].

Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información. AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). Abril 29, 2010. [en línea] https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf. [consultado: septiembre 21, 2018].

Comentarios y guía de implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información. Resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Abril 23, 2010. [en línea] https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2841-10_esp.pdf [consultado: septiembre 21, 2018].

Sitios web:

CEPAL. Observatorio del principio 10 en América Latina y el Caribe. <https://observatoriop10.cepal.org/es/recursos/america-latina-caribe-paises-que-cuentan-ley-acceso-la-informacion-publica-ano> [consultado: agosto 29, 2019].

Foia. <https://www.foia.gov> [consultado: agosto 29, 2019].

Memorandum on Transparency and Open Government, January 21, 2009. <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/transparency-and-open-government> [consultado: agosto 29, 2019].

Open Government Partnership. <https://www.opengovpartnership.org/>. [consultado: agosto 29, 2019].

Comentarios Monográficos

EFFECTOS DEL INFORME DE LA MISIÓN INTERNACIONAL INDEPENDIENTE SOBRE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE DERECHO Y EN LAS ELECCIONES

Allan R. Brewer-Carías

Director de la Revista

Resumen: *Este estudio tiene por objeto estudiar en detalle lo expuesto en el Informe y en las Conclusiones Detalladas de la Misión Internacional independiente de determinación de los hechos sobre Venezuela presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en septiembre de 2019, particularmente en lo que implica destrucción del Estado de derecho y de toda posibilidad de realizar elecciones libres.*

Palabras Clave: *Derechos Humanos. Estado de derecho. Elecciones libres*

Abstract: *The purpose of this study is to analyze in detail what is stated in the Report and in the Detailed Conclusions of the Independent International Fact-Finding Mission on Venezuela presented to the United Nations Human Rights Council in September 2019, particularly in what implies destruction of the rule of law and any possibility of holding free elections*

Key words: *Human Rights. Rule of Law. Free Elections*

I

Después de haber enviado a Venezuela, el 24 de septiembre de 2020, una Misión diplomática para verificar si se podían posponer las elecciones parlamentarias convocadas para diciembre de este año, abrir un espacio de diálogo y cambiar las condiciones existentes, la Oficina del Sr. Joseph Borrell, Alto Comisionado de la Unión Europea para las Relaciones Exteriores y Política de Seguridad, emitió una Nota de Prensa que se conoció anoche 30 de septiembre de 2020, en la cual se informó que:

“actualmente no existen las condiciones para que se lleve a cabo un proceso electoral libre, justo y democrático.”¹

La verdad es que bastaba haber leído el *Informe de la Misión Internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, (21 pp.) presentado el 15 de septiembre de 2020 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en cumplimiento de la resolución 42/25 del Consejo, de 27 de septiembre de 2019; y haber leído las “*Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente*

¹ <https://www.france24.com/es/20201001-la-ue-no-reconocer%C3%A1-las-elecciones-legislativas-en-venezuela-si-no-se-aplazan-los-comicios>

de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela (443 pp.),² en los cuales se presentaron las conclusiones de dicha Misión “respecto a las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias y la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, cometidos en el país desde 2014;” para haber llegado fácilmente a esa conclusión, sin necesidad de generar expectativas diplomáticas inútiles.

De dicho *Informe* y de las *Conclusiones Detalladas*, estimo que pueden destacarse cinco aspectos fundamentales: primero el cuadro de horror que muestran sobre delitos y crímenes cometidos contra los derechos humanos; segundo, la determinación de que los mismos se cometieron como parte de una política de Estado; tercero, la calificación de los mismos como de crímenes de lesa humanidad; cuarto, la determinación de responsabilidades; y quinto, su desarrollo en una situación de ausencia de Estado de derecho.

II

El *primer aspecto* es que ambos documentos muestran, en forma clara y precisa un *cuadro de horror*, ciertamente inimaginable, no sólo pasado sino actual –que está ocurriendo–, compuesto por funcionarios del horror, policías del horror, fiscales del horror, jueces del horror y custodios del horror, que el *Informe* resume dando cuenta, que los actos y conductas descritos en el mismo:

“constituyen asesinatos arbitrarios, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes -incluyendo violencia sexual y de género-, desapariciones forzadas (a menudo de corta duración) y detenciones arbitrarias, en violación de la legislación nacional y las obligaciones internacionales de Venezuela.” (par. 151).

A esos hechos y conductas se agregan en el *Informe*, los crímenes de:

“asesinato, encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad física, tortura, violación y otras formas de violencia sexual, desaparición forzada de personas [...] y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o graves daños al cuerpo o a la salud mental o física,”

Dichos crímenes, considera la Misión que constituyen “crímenes de lesa humanidad,” y algunas de ellas, específicamente el crimen de lesa humanidad de persecución, tal como se define en el Estatuto de Roma” (par 161).

En particular, en las *Conclusiones detalladas* se analizaron muchos de dichos crímenes, entre los que se destacar los relativos a la *represión política selectiva* (Capítulo III) y los cometidos en el contexto de “violaciones en un *contexto de seguridad o control social* (Capítulo IV), que la Misión igualmente consideró que algunos de ellos “pueden constituir también el crimen de lesa humanidad de la persecución” (par. 2085), consistente:

“una privación intencional y grave de los siguientes derechos: el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a no ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a violación y otras formas de violencia sexual, y el derecho a no ser sometido a arresto o detención arbitrarios. En conjunto, estas violaciones pueden constituir actos de persecución, pero también pueden constituir distintos crímenes de lesa humanidad” (par. 2085).

En las *Conclusiones detalladas*, en relación con este *crimen de “persecución,”* la Misión destacó lo que son sus “elementos material distintivos,”

² Informe de 15 de septiembre de 2020, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf

“a saber, el hecho de dirigirse a una o varias personas o a un grupo por motivos discriminatorios, se manifiesta cuando el ataque se basa, entre otras cosas, en “motivos políticos”. Las víctimas directas de los crímenes examinados en los Capítulos citados (III y IV) fueron objeto de ataques debido a su identidad como presuntos opositores políticos al régimen (par. 2085).

Para mayor claridad, la *Misión* especificó en las *Conclusiones detalladas* que esos crímenes incluyen:

a. El encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad física en violación de las normas fundamentales del derecho internacional, los actos de tortura, violación y otras formas de violencia sexual, y otros actos inhumanos de carácter similar documentados en el Capítulo III (*Represión Política Selectiva*), así como los actos de tortura, violación y otras formas de violencia sexual, y otros actos inhumanos de carácter similar documentados en el Capítulo V (*Violaciones en el contexto de las protestas*).

b. Los asesinatos (denominados ejecuciones arbitrarias y extrajudiciales a lo largo del Informe), el encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad física en violación de las normas fundamentales del derecho internacional, las desapariciones forzadas 3647, los actos de tortura y otros actos inhumanos de carácter similar, cometidos contra miembros de la población civil en el contexto de operaciones de seguridad o control social” (par. 2087).

III

El *segundo aspecto* que quería destacar es que todas las violaciones y crímenes reseñados y analizados por la *Misión*, como dejó constancia en el *Informe*, formaron parte de *una política de Estado*, teniendo la misma “motivos razonables para creer que la mayoría”:

“se cometieron en el marco de un *ataque generalizado y sistemático dirigido contra una población civil*, con conocimiento del ataque, de conformidad con dos políticas estatales distintas o en apoyo de las mismas. En primer lugar, *se aplicó la política de silenciar, desalentar y anular la oposición al Gobierno* del Presidente Maduro, incluso atacando a las personas que, por diversos medios, demostraron su desacuerdo con el Gobierno o fueron consideradas contrarias a él, así como a sus familiares y amigos que fueron objeto de ataques por estar asociados/as con ellos. En segundo lugar, existía una política de lucha contra la delincuencia, que incluía la eliminación de las personas consideradas “delincuentes” mediante su ejecución extrajudicial” (par. 160).

Ello lo reiteró la Misión en las *Conclusiones detalladas*, al indicar que:

“tiene motivos razonables para creer que la mayoría de las violaciones y los crímenes documentados en el presente informe se cometieron *en el marco de un ataque generalizado y sistemático dirigido contra una población civil*, con conocimiento del ataque, de conformidad con una política estatal o en apoyo de ella. En relación con estos crímenes, la Misión tiene motivos razonables para creer que en Venezuela se cometieron crímenes de lesa humanidad en el periodo examinado” (par. 2086).

Sobre esto mismo, en las *Conclusiones detalladas*, la Misión fue por lo demás explícita sobre estos crímenes, al indicar que

“se cometieron como parte de un *ataque dirigido contra la población civil*. De hecho, en primer lugar, los actos constituyeron una *línea de conducta que implicó la comisión múltiple de actos, que formaban parte de un contexto general de eventos*, en contraposición a los crímenes cometidos por individuos aislados y descoordinados que actuaban aleatoriamente por su cuenta. En segundo lugar, *el ataque se dirigió contra la población civil como objetivo principal, y no incidental*, del ataque. Como se señala a continuación, los actos cometidos contra miembros de las fuerzas armadas que han quedado de fuera de combate pueden entrar en esta definición. En tercer lugar, los crímenes enumerados anteriormente se cometieron, respectivamente, en cumplimiento de las siguientes dos políticas estatales distintas:

- a. Una política para silenciar, desalentar y sofocar la oposición al Gobierno del Presidente Maduro, incluso dirigiendo a las personas que, a través de diversos medios, demostraron su desacuerdo con el Gobierno o fueron percibidas como contrarias a el, y a sus familiares y amigos que blanco de ataques por estar asociados con ellos.
- b. Una política para combatir la delincuencia, incluida la eliminación de las personas percibidas como “delincuentes” mediante la ejecución extrajudicial” (par. 2088).

IV

El *tercer tema fundamental* que deriva del *Informe* y de las *Conclusiones Detalladas* de la *Misión*, es que los crímenes documentados, en su mayoría, como antes se ha indicado de citas de los mismos. fueron calificados por la *Misión* expresamente, como *crímenes de lesa humanidad*, en particular aquellos cometidos en el marco de “la represión en un contexto de seguridad y control social,” y de “violaciones en el contexto de protestas,” es decir, configurándose como una ofensa a la sociedad venezolana y a la humanidad; precisando que:

“corresponden a conductas que pueden calificarse jurídicamente, en virtud del artículo 7 del Estatuto de Roma, como *crímenes de lesa humanidad* de asesinato, encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional, tortura, violación o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, desaparición forzada 3645 de personas y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o lesiones graves al cuerpo o a la salud mental o física” (par. 2084).

V

En *cuarto lugar*, en cuanto a las *responsabilidades*, el *Informe* fue por demás claro y preciso, expresando que la *Misión*:

“tiene motivos razonables para creer que tanto el Presidente como los Ministros del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y de Defensa, ordenaron o contribuyeron a la comisión de los delitos documentados en el presente informe, y teniendo la capacidad efectiva para hacerlo, no adoptaron medidas preventivas y represivas” (par. 164);

Y además, también para creer que:

“los directores de las entidades de seguridad e inteligencia que participaron en la comisión de los delitos documentados en el presente informe ordenaron o contribuyeron a la comisión de esos delitos y, al tener la capacidad efectiva para hacerlo, no adoptaron medidas preventivas y represivas” (par. 165).

Sobre estas responsabilidades en las *Conclusiones detalladas*, la *Misión* fue también extremadamente cuidadosa y explícita al señalar sobre las graves violaciones y crímenes *contra disidentes políticos selectivos* ocurridos en el SEBIN (par. 1982), que:

“existen motivos razonables para creer que el Presidente tenía conocimiento de violaciones y crímenes, en particular las detenciones arbitrarias y los actos de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes, incluidos los actos de violencia sexual, documentados en este informe y realizados en el SEBIN desde 2014. Existe información que en ocasiones dio órdenes al Director General y a los directores de otras unidades del SEBIN. La Misión también cree que el Vicepresidente sabía o debía saber de los mismos crímenes. Si bien tenían la autoridad efectiva para hacerlo, no previnieron los crímenes y violaciones, ni los sancionaron” (par. 1988).

Igualmente, en relación con la actuación de, los funcionarios de la DGCIM, la *Misión* expresó que los mismos:

“participaron en un patrón de violaciones de los derechos humanos y crímenes contra disidentes militares, incluidas detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas de corta duración y torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, incluidas violaciones y otros actos de violencia sexual” (par. 1996).

Más adelante, en las mismas *Conclusiones detalladas*, sobre las responsabilidades relativas a los crímenes documentados, *la Misión* también fue cuidadosa y precisa al indicar CM que:

“tiene motivos razonables para creer que el Presidente Maduro, dada su posición de autoridad y control efectivo sobre la DGCIM, y el sistema de denuncia existente, tenía conocimiento de las violaciones cometidas en la DGCIM contra militares disidentes y asociados, en particular, actos de tortura y/o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y no ha adoptado las medidas necesarias para impedir que se produzcan esos actos o para sancionarlos. En varios casos existe información fidedigna de que participo directamente, ordenando o instigando determinados actos delictivos” (par. 2006).

Luego, en las mismas *Conclusiones detalladas* la *Misión* Independiente, deja constancia que:

“cuenta con información que indica que el Presidente y los Ministros del Interior y de Defensa tenían conocimiento de los crímenes. Estaban en estrecho contacto con otros miembros de la FANB, incluido la GNB, y también con los directores de la PNB, el CICPC, el SEBIN y la DGCIM. Daban ordenes, coordinaban actividades y proporcionaron recursos para llevar a cabo los planes y políticas establecidos en el informe” (par. 2100)

Y se concluye en las *Conclusiones detalladas*:

“Por todas estas razones, la Misión tiene motivos razonables para creer que tanto el Presidente como los Ministros del Interior y de Defensa, ordenaron o contribuyeron a la comisión de los crímenes documentados en el presente informe, y teniendo la autoridad efectiva para hacerlo, no adoptaron medidas de prevención y represión” (par. 2103).

“La Misión también tiene motivos razonables para creer que los directores de las entidades de seguridad e inteligencia que participaron en la comisión de los crímenes documentados en el presente informe ordenaron o contribuyeron a la comisión de esos crímenes y, teniendo la autoridad efectiva para hacerlo, no adoptaron medidas de prevención y represión” (par. 2104).

VI

Y por último, en *quinto lugar*, en relación con el *Estado de derecho*, todas estas violaciones a los derechos humanos, muchas de las cuales como se ha dicho, se han calificado como crímenes de lesa humanidad, tal como se indica en el *Informe*— y no podía ser de otro modo —“*se produjeron en medio de una ruptura gradual de las instituciones democráticas y del estado de derecho en Venezuela desde 2014*” (par. 12), que provocó el consiguiente “*debilitamiento de los mecanismos de rendición de cuentas democráticos, judiciales e institucionales,*” habiendo ello dado lugar a “una política para silenciar, desalentar y sofocar la oposición al Gobierno” (par. 2088.a, CD), en medio de “una creciente impunidad, lo que exacerbó las violaciones.”

Específicamente, la *Misión* constató, por ejemplo, cómo “la Asamblea Nacional, el poder legislativo del Estado, se ha visto continuamente obstaculizada desde que la coalición de partidos de la oposición obtuvo dos tercios de los escaños en diciembre de 2015 (par 14, *Informe*); cómo “los parlamentarios de la oposición se convirtieron en un foco de represión” afirmando que “al momento de redactar el informe, los parlamentarios de la oposición seguían siendo reprimidos” (Par. 28 IM); y, en contra de la Constitución, cómo “la Asamblea Nacional Constituyente se ha convertido en un poder legislativo de facto” (par. 129, *Informe*).

La *Misión* constató, además, cómo en contra de la Constitución, “uno de los elementos que contribuyen a las violaciones y delitos determinados ... es la falta de independencia del poder judicial” (par. 148, *Informe*), habiendo “el Tribunal Supremo dejado de funcionar como un control independiente de los demás poderes del Estado” (154, *Informe*), y “el propio poder judicial” quedado “convertido en un instrumento de represión” (IM par 165, *Informe*).

Sobre ello, en particular, la *Misión*:

“documentó casos en que miembros del poder judicial participaron, por acción u omisión, en la perpetración de graves violaciones de los derechos humanos. Esto es especialmente en el caso del enjuiciamiento penal de opositores políticos, casos que han demostrado violaciones recurrentes de las garantías procesales. Además, los casos investigados por la Misión muestran que el Estado ha recurrido cada vez más a los tribunales militares para juzgar a los disidentes políticos”. (par. 164, *Informe*).

Específicamente respecto de los derechos políticos, la *Misión* encontró “motivos razonables para creer que durante el período examinado se utilizaron detenciones arbitrarias contra personas por su afiliación, participación, opiniones o expresión política” (par. 34, *Informe*); “que algunos opositores políticos y personas asociadas a ellos fueron objeto de desaparición forzada de corta duración durante el período examinado;” (par. 46, *Informe*) y que “se aplicó la política de silenciar, desalentar y anular la oposición al Gobierno ..., incluso atacando a las personas que, por diversos medios, demostraron su desacuerdo con el Gobierno o fueron consideradas contrarias a él, así como a sus familiares y amigos que fueron objeto de ataques por estar asociados/as con ellos” (160, *Informe*).

VII

Es decir, tanto el *Informe* como las *Conclusiones detalladas* de la *Misión* Independiente, ponen de manifiesto la total ausencia de Estado de derecho en Venezuela, y con ello, la carencia absoluta de los elementos esenciales de la democracia definidos en la carta Democrática Interamericana, que están montado siempre sobre el principio de la separación e independencia de los poderes público, de manera que se pueda asegurar que el ejercicio del poder esté sometido a control, particularmente a cargo de una Justicia autónoma e independiente, pues, en definitiva, sin separación de poderes y sin un sistema de control del poder, simplemente no pueden realizarse verdaderas elecciones libres, justas y confiables; no puede haber pluralismo político, ni acceso al poder conforme a la Constitución; no puede haber efectiva participación en la gestión de los asuntos públicos, ni transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, ni rendición de cuentas por parte de los gobernantes; en fin, no puede haber sumisión efectiva del gobierno a la Constitución y las leyes, así como subordinación de los militares al gobierno civil; no puede haber efectivo acceso a la justicia; y real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos, incluyendo la libertad de expresión y los derechos sociales.³

Por ello, es relación con la ilegítima e inconstitucional convocatoria realizada por el régimen de elecciones parlamentarias para diciembre de 2020, la *Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Michelle Bachelet, se refirió específicamente al poder judicial, manifestando su preocupación por los fallos del Tribunal Supremo de Justicia “que obstruyen la libertad de selección de los representantes de siete partidos políticos y

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Prólogo” al libro de Gustavo Tarre Briceño, *Solo el poder detiene al poder, La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos N° 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 13-49.

el nombramiento no consensuado de los miembros de Consejo Nacional Electoral;” así como su inquietud por la modificación “del mecanismo de selección de representantes indígenas para la Asamblea Nacional, de los cambios al sistema electoral y a la composición de la Asamblea Nacional sin un proceso inclusivo de consulta previa.”⁴

VIII

Y fue precisamente en ese marco de violaciones de derechos, y entre ellos, de derechos políticos, de persecución política y de ausencia de elementos mínimos de un régimen democrático que, como lo observó Luis Almagro, el *Secretario General de la Organización de Estados Americanos*, al conocer y apoyar el **Informe** el 16 de septiembre de 2020, simplemente:

“Es absurdo pensar que los criminales de lesa humanidad que reprimen y eliminan oposición y disidencia puedan organizar elecciones libres y justas.”⁵

Por ello, el propio **Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos** unos meses antes, en su sesión del 26 de junio de 2020 (Resolución CP/RES. 1156 (2291/20), en particular en materia político electoral, ya había resuelto “*desconocer la ilegal designación* de los miembros del Consejo Nacional Electoral por parte del Tribunal Supremo de Justicia;” reconociendo en cambio a la Asamblea Nacional como “la única institución democráticamente electa.”

El Consejo Permanente, además, condenó “el continuo acoso ejercido por el régimen *ilegítimo* de Nicolás Maduro contra las funciones que las leyes venezolanas le otorgan a la Asamblea Nacional;” rechazando también “en los más enérgicos términos” y decidiendo *desconocer*, “la *ilegal designación* de las directivas de los partidos políticos Primero Justicia y Acción democrática.”⁶

En el mismo sentido, el *Grupo de Lima*, con fecha 18 de junio de 2020 expresó que “*rechazan y desconocen la ilegal designación* de los miembros del Consejo Nacional Electoral de Venezuela mediante una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia.”⁷

En consecuencia, como lo observaron los mismos miembros del *Grupo de Lima* en comunicado del 17 de septiembre de 2020, al también conocer el **Informe** de la Misión Independiente, evidentemente que en Venezuela “no se cumplen las condiciones para un proceso electoral transparente, inclusivo, libre y justo;” debiendo “eliminarse todos los obstáculos a la participación política para que se lleve a cabo un proceso electoral significativo;” lo que exige –dijeron–:

“respeto del mandato constitucional de la Asamblea Nacional elegida democráticamente, la devolución del control de los partidos políticos a sus administradores legítimos, el cese de la inhabilitación y el enjuiciamiento de los líderes políticos, el pleno restablecimiento de sus derechos y de otros candidatos a la igualdad política y participación, la actualiza-

⁴ Véase en: ews.un.org/story/2020/09/1481232. Igualmente, en *El Nacional* 25 septiembre 2020, en <https://www.elnacional.com/venezuela/bachelet-expreso-preocupacion-por-la-obstruccion-de-la-libertad-en-venezuela-ante-las-elecciones-parlamentarias>

⁵ Véase “Comunicado de la Secretaría General de la OEA sobre Informe de la ONU sobre crímenes de lesa humanidad en Venezuela,” 16 de septiembre de 2020; disponible en: https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-096/20

⁶ Véase http://scm.oas.org/doc_public/spanish/hist_20/cp42611s03.docx

⁷ Véase en *El País*, 18 de junio de 2020, disponible en: <http://www.elpais.cr/2020/06/16/grupo-de-lima-desconoce-designacion-de-consejo-electoral-venezolano/>

ción integral del padrón electoral, incluyendo a votantes jóvenes y venezolanos en el exterior, y un CNE independiente y equilibrado, y participación igualitaria y acceso irrestricto a todos los medios.”⁸

Todo ello la habían expresado diversas instituciones dentro y fuera del país en el sentido de que elecciones parlamentarias convocadas en las condiciones actuales no responden a principio democrático alguno ni a los principios y estándares internacionales para que puedan realizarse elecciones libres, justas, verificables, confiables y transparentes.⁹

Ello incluso motivó a la Asamblea Nacional, mucho antes de conocerse el **Informe**, el 30 de junio de 2020, a adoptar el “*Acuerdo que ratifica la ruta política integral planteada al país, que permita elecciones presidenciales libres y transparentes como salida a la crisis generalizada y que produzca la reinstitucionalización democrática en Venezuela,*” en el cual, desconociendo “*la ilegal designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral por parte de quienes usurpan el Tribunal Supremo de Justicia,*” precisó cuáles son las “condiciones necesarias” para que puedan realizarse dichas elecciones, enumerando las siguientes

“Restablecimiento del derecho al sufragio para todos los venezolanos, dentro y fuera del país, por lo que es necesario contar con un Registro Electoral confiable y auditado.

Garantizar que el voto sea ejercido libremente, sin coacción o intimidación. Prohibición de migración de electores de sus centros electorales naturales.

Cese de las inhabilitaciones, enjuiciamiento y prisión de los dirigentes políticos y restablecimiento pleno de sus derechos a la participación política.

Participación plena de todos los partidos políticos; restablecimiento de su dirigencia natural y el uso de sus símbolos, colores y bienes.

Nuevo Poder Electoral legítimo, designado por la Asamblea Nacional, en ejercicio de sus competencias constitucionales, y de esta forma contar con un cronograma electoral que garantice el derecho al voto y a los lapsos correspondientes, una campaña electoral equitativa y el adecuado comportamiento del Plan República, respetando el proceso electoral y prohibiendo cualquier intervención ajena a la protección del acto electoral.

Auditoría de todos los procesos del sistema electoral, así como observación electoral nacional e internacional calificada en todas las etapas del proceso.”

El 2 de agosto de 2020, también antes de la aparición del **Informe** de Misión de la ONU, veintisiete (27) partidos políticos venezolanos emitieron una Declaración titulada: “*Unidos debatimos y unidos decidimos: NO participaremos en el fraude, Sí lucharemos por verdaderas elecciones libres,*” acordando “de manera unánime” su decisión de “*no participar en el fraude electoral*” convocado por el régimen, considerando que lo convocado “*no es una elección,*” rechazando en consecuencia el “nuevo intento de la dictadura para disfrazar de elección a un proceso que no lo es, tal como lo hizo en el año 2018 al secuestrarnos la elección presidencial que correspondía celebrar conforma a nuestro orden constitucional.”¹⁰

⁸ Comunicado de 17 de septiembre de 2020; disponible en: Disponible en: <https://evtvmiami.com/grupo-de-contacto-internacional-dice-que-no-hay-condiciones-para-elecciones-en-venezuela/>

⁹ Véase los Comunicados y pronunciamientos más importantes en el libro publicado por IDEA, con presentación de Asdrúbal Aguiar: Allan R. Brewer-Carías y José Ignacio Hernández, *Venezuela. La ilegítima e inconstitucional convocatoria a elecciones parlamentarias en diciembre de 2020*, Iniciativa democrática España y las Américas IDEA, 2020.

¹⁰ Véase el texto en “Por unanimidad: los partidos políticos de la Unidad deciden no participar en el fraude y convocan a un pacto nacional para la salvación de Venezuela,” Asamblea nacional, Centro de Comunicación Nacional, Caracas 2 de agosto de 2020, disponible en: <https://presidenciave.>

En dicha Declaración, por lo demás, insistieron en que las “condiciones para lograr elecciones *libres*, justas y competitivas,” conforme a los estándares mínimos aceptados por todos los países democráticos del mundo, son:

- “1) Restablecimiento del derecho al sufragio para todos los venezolanos, incluyendo a los que han tenido que emigrar (Registro Electoral confiable y auditado).
- 2) Garantizar que el voto sea ejercido libremente, sin coacción o intimidación. Prohibición de migración de electores de sus centros electorales naturales.
- 3) Cese de las inhabilitaciones y enjuiciamiento de los dirigentes políticos y restablecimiento pleno de sus derechos a la participación política.
- 4) Participación plena de todos los partidos políticos; restablecimiento de sus legítimas autoridades cesadas por la irrisoria intervención, así como el uso de sus símbolos y colores partidistas.
- 5) CNE independiente, nombrado por la Asamblea Nacional, conforme a lo señalado por la Constitución Nacional y la Ley. Designación de todos los órganos subordinados de manera independiente, así como las Juntas Electorales y miembros mesa. Respeto al trabajo de los testigos electorales y demás funcionarios en todos los procesos.
- 6) Cronograma electoral que garantice el derecho al voto y a los lapsos para cada una de las actividades del proceso desde su convocatoria.
- 7) Campaña electoral equitativa, con igual acceso a los medios de comunicación públicos y privados; prohibición de cadenas. Acceso equitativo a los espacios públicos y garantía de libre tránsito por todo el territorio nacional.
- 8) Adecuado comportamiento del Plan República respetando que el proceso electoral es esencialmente un acto civil. Prohibición de indebidas intervenciones en el proceso.
- 9) Auditorías de todos los procesos del sistema electoral, incluyendo las nuevas máquinas de votación y el sistema para el proceso automatizado.
- 10) Observación Electoral nacional e internacional calificada en todas las etapas del proceso y en las diversas fases del ciclo electoral. Acompañamiento electoral calificado en cada proceso electoral.”¹¹

Es evidente que ninguna de esas condiciones mínimas para que pueda haber elecciones democráticas libres y transparentes está actualmente asegurada en Venezuela, y menos aún puede pensarse que las mismas puedan existir en el marco de la situación denunciada en el *Informe* de la *Misión* Independiente de la ONU.

En consecuencia, las elecciones parlamentarias convocadas ilegítima e inconstitucionalmente para diciembre de 2020, si se llegaran a realizar en las condiciones actuales (octubre 2020), el resultado solo sería una supuesta “elección” de diputados a la Asamblea Nacional la cual ha sido declarada de antemano como ilegítima por la Asamblea Nacional, con la

com/presidencia/por-unanimidad-los-partidos-politicos-de-la-unidad-deciden-no-participar-en-el-fraude-y-convocan-a-un-pacto-nacional-para-la-salvacion-de-venezuela/. Véase además la información en Alonso Moleiro, “La oposición a Maduro oficializa su decisión de no participar en las elecciones legislativas. Los partidos que apoyan a Guaidó defienden la celebración de una votación con garantías en Venezuela, El País, 2 de agosto de 2020, disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-08-02/la-oposicion-a-maduro-oficializa-su-decision-de-no-participar-en-las-elecciones-legislativas.html>; y en “La oposición de Venezuela no participará en las próximas elecciones legislativas,” en *público.com*, 2 de agosto de 2010, disponible en: <https://www.publico.es/internacional/oposicion-venezuela-no-participara-proximas-elecciones-legislativas.html>

¹¹ *Idem*.

consecuencia ineludible de que la misma (al igual que ocurrió con la supuesta elección de Nicolás Maduro en mayo de 2018), igualmente deberá ser considerada como “inexistente” por vicios en la manifestación de voluntad de los votantes y en el objeto de la misma, por estar regulados en “normas” y “reglamentos” dictados por un Consejo Nacional Electoral cuyos miembros fueron nombrado inconstitucionalmente, los cuales son violatorios de la Ley Orgánica de los Procesos Electorales, por ser una elección convocada por “orden” de un órgano que no tiene competencia para darla, como es la Sala Constitucional, lo que hizo mediante la sentencia N° 68 de 5 de junio de 2020 (Punto sexto de la decisión),¹² y por realizarse sin que existan las condiciones mínimas elementales para poder ser elecciones libres, justas, confiables, verificables y transparentes.

En este caso, por tanto, como ocurrió con aquella supuesta elección de Nicolás Maduro en mayo de 2018, el denominado “principio de la conservación de la voluntad electoral *presunta*”¹³ tampoco se podría aplicar pues sería una elección ilegítima e inconstitucional, razón por la cual los supuestos diputados que pudieran ser “electos” no podrían asumir legítimamente sus funciones para integrar la Asamblea Nacional que deberá funcionar a partir del 5 de enero de 2021.

¹² En el punto Sexto de la “decisión” contenida en la sentencia la Sala Constitucional: “Se *ordena* al Consejo Nacional Electoral (CNE) convocar los comicios para elegir a los diputadas y diputados de la Asamblea Nacional, cuyo mandato expira el 4 de enero de 2021.”

¹³ Al cual se refirió Claudia Nikken, en “Reflexiones sobre la eventual continuidad institucional de la Asamblea Nacional,” en *WOLA.ORG, Venezuelan Politics and Human Rights*, 18 de agosto de 2020, disponible en <https://www.venezuelablog.org/reflexiones-sobre-la-eventual-continuidad-institucional-de-la-asamblea-nacional/>

LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS Y PROCESOS ADMINISTRATIVOS MEDIANTE EL ABUSO DE LAS INICIATIVAS PROBATORIAS JUDICIALES: UNA VÍA PARA FAVORECER INDEBIDAMENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VENEZOLANA

Miguel Ángel Torrealba Sánchez*

Profesor Titular de Derecho Administrativo (UCV)

Resumen: *Se analiza el uso de las iniciativas probatorias judiciales por la Justicia Administrativa venezolana y su influencia en las reglas de la carga de la prueba en los procedimientos y procesos administrativos*

Palabras Clave: *Procedimiento administrativo –contencioso-administrativo- carga de la prueba –onus probandi.*

Abstract: *The use of judicial probative initiatives by the Venezuelan Administrative Justice and its influence on the rules of the burden of proof in administrative procedures and processes are analyzed.*

Key words: *Administrative procedure –contentious-administrative– burden of proof –onus probandi.*

INTRODUCCIÓN

Las siguientes páginas fueron preparadas para el XIX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, destinado al estudio de los procedimientos administrativos, previsto originalmente para tener lugar en la ciudad de San Salvador, El Salvador, en el mes de octubre de 2020, pero que por circunstancias bien conocidas ha quedado diferido.

Habiendo señalado lo anterior, se hacen necesarias unas advertencias preliminares. Tratóndose del desarrollo de un asunto práctico vinculado con la aplicación del Derecho, y más aún, del Derecho Administrativo, en el caso venezolano solo puede estudiarse hoy como un patológico ejemplo de lo que *no* debe ser.

* Universidad Central de Venezuela. FCJP, Escuela de Derecho. Profesor Titular de Derecho Administrativo. Abogado y Especialista en Derecho Administrativo. Investigador Invitado del Instituto de Derecho Público. Universidad de la Coruña, España. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano. Universidad Carlos III de Madrid, España. Máster en Política Territorial y Urbanística. Universidad Monteávila, Caracas. Profesor de Derecho Administrativo y Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO). Universidad Católica “Andrés Bello”, Caracas. Profesor en la Especialización en Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo.

Corolario obligado de la inexistencia en la actual realidad venezolana de los postulados básicos del Estado Constitucional Democrático de Derecho, a saber: supremacía constitucional, principio de juridicidad, separación de las ramas del Poder Público, responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, preeminencia de los Derechos Humanos, por citar los más vinculados con el asunto que será desarrollado.

De allí que lo que aquí se expondrá no tiene pretensiones ni de profundidad dogmática ni de originalidad conceptual, máxime cuando hoy día el Derecho Administrativo venezolano se refugia fundamentalmente en la doctrina y en las aulas universitarias, en espera de un clima mínimamente propicio para su regreso tanto a la práctica administrativa como a la jurisprudencia¹. Jurisprudencia que habrá de crearse partiendo de lo obtenido hasta fines de la pasada centuria para luego seguir avanzando, puesto que el hiato iniciado a principios de este siglo ha determinado progresivamente la pertinencia no solo práctica sino incluso teórica de preguntarse si puede seguir llamándose como tal a las decisiones que en la actualidad dictan los tribunales contencioso-administrativos venezolanos².

El propósito pues de estas líneas, como de otros textos antes presentados a este Foro, es básicamente el de alertar a los colegas de otros países sobre los riesgos de permitir que el Estado Constitucional Democrático de Derecho sea minado desde su interior por los populismos de ahora y de siempre, valiéndose estos últimos de las instituciones que, antes bien, deberían proteger al primero. Un ejemplo es el caso del Poder Judicial venezolano, y dentro de él, ocupa un lugar importante la Justicia Administrativa³, que ha servido en innumerables ocasiones durante las últimas dos décadas para intentar darle un manto de mínima juridicidad a cualquier acción administrativa, por más que ese ropaje no pase de ser un remedo del traje del emperador del famoso cuento.

A tal fin, en esta ocasión se mostrarán algunos ejemplos del indebido y abusivo uso de las iniciativas probatorias judiciales que ha devenido en la práctica en casos extremos en la alteración sobrevenida de las reglas de la carga de la prueba no solo en los procesos administrativos (juicios contencioso-administrativos) sino a veces incluso en los diversos procedimientos administrativos previos, con el fin de facilitarle el dar la razón en la sentencia de mérito a la Administración Pública cuando jurídicamente no la tiene, como suele ser la norma en la actual realidad venezolana. Con ello se intentará recordar la trascendencia que tiene la

¹ Las siguientes afirmaciones no han hecho sino cobrar más vigencia desde el momento cuando fueron escritas: <<...lo más grave de toda esta demolición del Derecho Administrativo ha sido la neutralización o intervención de la jurisdicción contencioso administrativa por parte del poder Ejecutivo, a través del control político que éste ejerce sobre el Tribunal Supremo de Justicia. El punto culminante de la construcción del Derecho Público en una sociedad democrática, incluido el Derecho Administrativo, es el establecimiento de tribunales con competencia para controlar los actos del Estado, con potestad para anularlos y para condenar a la Administración por sus actos ilegítimos e ilegales (...). Sin control judicial de la actividad administrativa, carece de sentido hablar de Derecho Administrativo>> (Brewer-Carías, Allan R. *El Derecho Administrativo y la democracia. A los 100 años de la Cátedra de Derecho Administrativo (2009)*. Recogido en: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. El Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*. Volumen I. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, p. 1093).

² El tema excede lo aquí tratado, pero en todo caso, por razones meramente convencionales seguiremos llamado aquí jurisprudencia a las decisiones dictadas por la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana.

³ A los efectos de estas páginas, al referirnos a Justicia administrativa aludimos en sentido estricto, esto es, a los tribunales contencioso-administrativos.

observancia de las reglas adjetivas para el resguardo de los derechos constitucionales procesales de la persona frente a la Administración Pública, tanto en sede administrativa como judicial; y por ende, evidenciar los perniciosos efectos que acarrea su desconocimiento por quien está constitucionalmente llamado a la tutela de tales derechos.

Para lograr eso, y con el fin de demostrar la hipótesis que desde ya se plantea, se enmarcará el estudio de las tendencias actuales de la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana en el empleo de las iniciativas probatorias judiciales en su necesario contexto, a saber, las reglas fundamentales de la carga de la prueba tanto en los procesos judiciales como en los procedimientos administrativos. De allí que se hará somera referencia a la noción y finalidad de ese instituto procesal y procedimental, así como a su aplicación y matización según los diversos tipos de procedimientos administrativos.

De seguidas, y ya a la vista del caso venezolano, se aludirá de forma sucinta a su previsión en el Derecho positivo y su tratamiento por la doctrina administrativista y jurisprudencia tradicionales. A continuación, se esbozará un panorama del tema de las iniciativas probatorias del juez contencioso administrativo y su adecuado uso, con el fin de que este resulte compatible con las ya referidas reglas de la carga probatoria.

Expuesto entonces en forma de esquema el marco dogmático imprescindible, se contrastará este con la tendencia en las decisiones de la máxima instancia de la Justicia Administrativa venezolana al momento de emplear las iniciativas probatorias que legalmente ostenta⁴, con la finalidad, en la mayoría de los casos, de beneficiar a la Administración Pública y colocarla en una situación de ventaja en cuanto a obtener con mayor probabilidad una sentencia definitiva favorable. Realizado ello, se culminará con las pertinentes reflexiones finales.

Comencemos entonces con un vistazo al instituto procesal –extrapolado al procedimiento administrativo– de la carga de la prueba.

I. LA CARGA DE LA PRUEBA. REPASO SOBRE SU CONCEPTO Y FINALIDAD

Al abordar el tema de la carga de la prueba, es común partir de la distinción entre carga como categoría jurídica de la de deber y obligación⁵. A diferencia de estas últimas, en la

⁴ Originalmente pretendíamos comentar las decisiones de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la última década, tomando como punto de partida el año 2010, cuando entró en vigencia la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante, el portal electrónico del Tribunal Supremo de Justicia dejó de funcionar a principios de este año, y para ese momento nuestra recopilación se limitaba al período 2010-2015 junto con el 2019. De allí que nos vimos obligados a circunscribirnos a tales años, pero en todo caso consideramos que esa recopilación es lo suficientemente elocuente en lo que demuestra; además de que no se trata de un estudio exhaustivo con pretensiones estadísticas sino una mera revisión general cualitativa destinada a detectar cuáles son las tendencias jurisprudenciales básicas en un asunto.

⁵ Así por ejemplo: Couture, Eduardo: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Reimpresión de la tercera edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981, pp. 212-213. Lo cual es criticado por ejemplo por Vescovi, Enrique: *Teoría general del proceso*. Temis. Bogotá, 1984, p. 214, quien señala que la noción de carga se relaciona más bien con una situación jurídica pasiva antes que activa, por lo que propone hablar de deberes, cargas y sujeciones. Véase, para el Derecho Administrativo: González Navarro, Francisco: *Derecho Administrativo español*. Tomo III. El acto y el procedimiento administrativos. EUNSA. Navarra, España, 1997, p. 731. Para el proceso administrativo venezolano, puede verse entre otros: Silva Bocanay, José Gregorio: *Anotaciones sobre las pruebas en el proceso administrativo*. En: Brewer-Carías, A. R. y Hernández-Mendible, V.R. (Dir.): *El contencioso administrativo y los procesos constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 382; Mejía Betancourt, José Amado: “La carga de la prueba en el contencioso ad-

primera su falta de ejercicio determina una situación de desventaja o perjuicio para su titular, por lo que el mejor aliciente para su cumplimiento será precisamente el de evitar esa situación dañosa o al menos poco ventajosa para quien la tiene⁶.

A su vez, la carga de la prueba (*onus probandi*), como categoría jurídica adjetiva y como modalidad de la carga en general⁷, implica atribuir a cada parte procesal las consecuencias lesivas de la no demostración de las afirmaciones fácticas que constituyen el sustrato material del *thema decidendum*, y que no son otra cosa que el objeto de prueba en el juicio⁸. En términos más simples, establecer a quién corresponde demostrar cada aseveración sobre la existencia o inexistencia de un hecho concreto con consecuencias jurídicas relevantes en juicio y ante la falta de demostración, determinar a quién perjudica procesalmente tal conducta omisa⁹.

De allí que las reglas de la carga probatoria solo operan a modo de sucedáneo de prueba; es decir, en la hipótesis de que determinadas aseveraciones respecto a los hechos no ha-

ministrativo objetivo". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 7-I, homenaje a José Peña Solís. Caracas, 2016, pp. 165-166. Disponible en: <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2016/12/pp.-143-198-MEJIA-BETANCOURT.pdf>. Hay quien en una parte la compara en cuanto a sus semejanzas y diferencias más bien con las facultades procesales (Devis Echandía, Hernando: *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2004. Reimpresión de la tercera edición, pp. 45-46 y 364-365 más también la confronta con la obligación (*Ibidem*, pp. 395-396 y 420-421).

⁶ Consultense entre otros: Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 396-421; Morón Palomino, Manuel: *Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales)*. Marcial Pons. Madrid, 1993, p. 280. *Cfr.* En el caso venezolano: Rengel-Romberg, Aristides: *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano según el nuevo código de 1987*. Tomo III. El procedimiento ordinario. Editorial Arte. Caracas, 1992, pp. 291.

⁷ El desarrollo de esta categoría dogmática y procesal se atribuye a Goldschmidt y Carnelutti (*Cfr.* entre otros: Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 289-291).

⁸ Véase, entre otros: Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 155-158 (aunque este autor señala que el objeto de la prueba son los hechos que configuran el presupuesto fáctico de las normas y no así las afirmaciones sobre esos hechos); Morón Palomino, *op. cit.*, 1993, pp. 271-273 y 278; 4; Ortells Ramos, Manuel, en su obra colectiva: *Derecho Procesal Civil*. 2° edición Aranzadi Editorial. Navarra, 2001, pp. 367-368, se refiere a los datos de hecho como el objeto de la prueba; Couture, *op. cit.*, pp. 211-212 y 217; Gimeno Sedra, Vicente, Moreno Catena, Víctor y Pascual Sala Sánchez: *Derecho Procesal Administrativo*. Segunda edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2004, p. 100. Para el caso venezolano, *Cfr.* entre otros: Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 219, 240.

⁹ En elocuente afirmación: <<No se trata de fijar quién debe llevar la prueba, si no quién asume el riesgo de que falte>> (Devis Echandía, *op. cit.*, p. 484). Y es que: <<Las reglas de la carga de la prueba determinan cuál de las partes ha de soportar el perjuicio derivado de la falta de prueba de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión>> (Ortells Ramos, *op. cit.*, p. 398). En similar sentido: González Navarro, *op. cit.*, p. 732. Prescindimos de discusiones dogmáticas, como por ejemplo, la de la subdivisión entre carga objetiva y subjetiva de la prueba y carga material y carga formal. Sobre la primera, véase entre otros, para el caso venezolano: Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 292-294 y 319-324; Mejía Betancourt, *op. cit.*, p. 167. Respecto a la última, en general: Ortells Ramos, *op. cit.*, pp. 397-398. Con relación a todas estas controversias terminológicas y sus críticas, puede verse la posición de Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 142-144, 186-187 y 427-439, quien opta por distinta terminología y enfoque. En todo caso, respecto al fundamento de la carga de la prueba se apunta que el rigor de la exigencia para el juzgador de decidir la controversia en todos los casos se complementa con la regla atinente a que la parte debe soportar la falta de demostración de aquellas demostraciones de hecho cuya realidad no consta mediante su admisión o notoriedad (Morón Palomino, *op. cit.*, p. 277).

yan sido adecuadamente demostradas por la actividad probatoria de las partes¹⁰. Se trata entonces de una situación, si no excepcional, al menos no la más usual, ni en todo caso la ideal para el ordenamiento procesal.

Y no es la más deseada porque lo que se pretende en el proceso es que el juez decida sobre las pretensiones de las partes con arreglo a lo alegado y debidamente probado, con el fin de obtener un pronunciamiento apegado en lo posible a la realidad¹¹. Tómese en cuenta el fin inmediato del proceso, que es la composición de la litis, la satisfacción de pretensiones, o dicho de otro modo, la resolución de la controversia planteada, así como el fin mediato, a saber: la preservación de la paz social mediante la aplicación del Derecho. En otros términos, un propósito inmediato de interés usualmente privado o particular conjuntamente como un fin mediato de interés general.

II. NOCIONES SOBRE LAS REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SU APLICACIÓN SEGÚN LAS DIVERSAS CLASIFICACIONES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS (CONCESORIOS, HABILITANTES O AUTORIZATORIOS, APROBATORIOS, ABLATORIOS)

Como otras tantas nociones originariamente procesales, la carga de la prueba ha sido adoptada en el procedimiento administrativo¹², en este último tributario en muchos aspectos del proceso judicial, al punto de seguir discutiéndose sus criterios de distinción. Mas en todo caso, lo importante a nuestros efectos es que tal categoría ha sido extrapolada en líneas generales al procedimiento administrativo, pero con diversas matizaciones, provenientes también del Derecho Procesal¹³. Una de ellas, la que distingue a quién se atribuye tal carga no tanto

¹⁰ En palabras de Morón Palomino, *op. cit.*, p. 281: <<...la regla de la carga de la prueba es de aplicación subsidiaria en el sentido de que el juzgador, antes de acudir a ella, debe agotar las posibilidades que le ofrezca el ordenamiento para lograr un resultado positivo en la tarea concierne a la averiguación de la verdad>>. En similar sentido: Devis Echandía, *op. cit.*, p. 424, quien añade que la carga de la prueba es una regla de juicio dirigida al juez para decidir el fondo cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan las pretensiones o la excepciones (*Ibidem*, p. 425). Puede verse también, para el proceso administrativo: Blanquer, David: *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 215-218.

¹¹ No obstante que acudir a las reglas de la carga de la prueba puede no ser lo más deseado, conviene destacar que su existencia es imprescindible para que el juez pueda decidir en todos los casos sin incurrir en absolución de instancia y por ende en denegación de justicia. Véanse al respecto los comentarios de, entre otros: Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 450-451, quien señala que tal instituto procesal es aplicable incluso en los procesos inquisitivos.

¹² Discrepando parcialmente de las tesis mayoritarias y sosteniendo que más que trasladar la categoría de la carga procesal al procedimiento administrativo debe partirse de la regla de que la Administración Pública habrá de basar sus decisiones en hechos ciertos valorados, basados en el principio de buena fe: Hernández G., José Ignacio: *Lecciones de Procedimiento Administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. (FUNEDA). Caracas, 2012, pp. 208-213. En similar sentido en el caso español, por ejemplo: Garrido Falla, Fernando y José M. Fernández Pastrana: *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999)*. Civitas. Tercera edición. Madrid, 2000, pp. 319-320. Véase también: Blanquer, *op. cit.*, pp. 237-238.

¹³ En ese sentido, véase recientemente por ejemplo en el caso venezolano: González Betancourt, Gina: "La prueba en el procedimiento administrativo: énfasis en la distinción de los principios rectores que la diferencian de la prueba judicial". *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Ve-*

sobre la base de quién afirma la existencia o inexistencia de determinado hecho, sino más bien a quién beneficia o perjudica considerar demostrada tal afirmación. Y en tal caso atribuyéndola más bien, y aquí comienza cierta especificidad, dependiendo del tipo de procedimiento administrativo de que se trate.

En ese sentido, y sin dejar de considerar que los principios procedimentales imponen a la Administración Pública una posición constitucional distinta a la del juez¹⁴, se parte de adoptar la clasificación del procedimiento administrativo según se esté ante aquellos que tienen por finalidad el dictado de actos administrativos que en caso de acoger lo pedido amplían la esfera jurídico-subjetiva del solicitante, concediendo derechos, removiendo obstáculos para su ejercicio o reconociendo su cabal desenvolvimiento (concesorios, autorizatorios, habilitantes, aprobatorios, etc.), o más bien la contraria; a saber, la limitación de los derechos o intereses de la persona (procedimientos ablatorios), o incluso la imposición de un castigo consistente en algo lesivo a esa esfera jurídico-subjetiva (procedimientos sancionadores).

Pues bien, basándose en tal categorización, en los primeros, la carga de la prueba corresponderá al solicitante, o en términos más precisos, a la parte que inicia el procedimiento administrativo cuyo propósito es la emisión de un acto administrativo que lo favorecerá en su situación jurídica¹⁵. Mientras que en los segundos, la carga probatoria la tendrá la Administración Pública que sustancia y decide el procedimiento, sea que este se haya iniciado de oficio o a instancia de otra parte¹⁶. Tal atribución de la carga probatoria según el tipo de procedimiento obedece básicamente entonces, en términos quizá algo simples, a la máxima que afirma que esta se asigna a quien tiene interés en que una determinada afirmación de hecho se considere demostrada, puesto que la misma le beneficiará¹⁷.

Una última acotación. Se trata del caso de los llamados procedimientos administrativos triangulares o trilaterales, en los que la Administración Pública debe decidir una controversia entre particulares de forma parcialmente semejante en cuanto a su propósito al del juez en un asunto privado pero de ninguna manera equiparable en cuanto a su posición constitucional y

nezolano Núm. 14. Caracas, 2018, p. 110. Disponible en línea marzo de 2020: http://www.ulpia-no.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REDAV/14/REDAV_2018_14_93-142.pdf.

¹⁴ De allí que se afirme, por ejemplo, en opinión que como ya se adelantó de la que se hace eco un sector de la doctrina venezolana: <<Se ha dicho al respecto que el principio de oficialidad modula de forma importante la carga de la prueba, que no se reparte del mismo modo que en el proceso judicial común, sino que pesa esencialmente sobre la Administración, en la medida en que ésta viene expresamente obligada por la Ley a abrir un período de prueba, siempre que exista contradicción sobre los hechos>> (Garrido Falla y Fernández Pastrana, *op. cit.*, pp. 319-320).

¹⁵ De allí que en los procedimientos administrativos iniciados y sustanciados de oficio por la Administración y regidos por el principio inquisitivo, lógicamente la carga de la prueba corresponderá a esta (González Betancourt, *op. cit.*, p. 99). Véase también: Araujo-Juárez, José: *Derecho Administrativo General. Procedimiento y recurso administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010, p. 97.

¹⁶ Así por ejemplo, se señala que la regla general en el procedimiento administrativo es que, en virtud de su carácter inquisitivo, la carga de la prueba le corresponde a la Administración Pública, pero ello tiene sus variaciones según el tipo de procedimiento (Brewer-Carías, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. El procedimiento administrativo*. Volumen IV. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, pp. 33, 46-47, 98, 235-236, 303, 406-407 y 801-802).

¹⁷ Aunque Couture, *op. cit.*, pp. 240-242, se refiere a la carga de la prueba como <<imperativo del propio interés>> del sujeto, también enfatiza el carácter problemático de todo el tema. Véanse también, entre otros: Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 142-143; Gimeno Sendra, Moreno Catena y Sala Sánchez, *op. cit.*, p. 102. pp. 735-738.

por ende con efectos diversos a los propios de la sentencia judicial. Ante la hipótesis de ese último tipo de procedimientos, las reglas de la carga de la prueba serán bastante semejantes a las clásicas para el proceso judicial dispositivo. La carga se distribuirá a cada parte en lo atinente a las afirmaciones fácticas que provengan de cada una y que determinen el *thema probandi* de la controversia¹⁸.

Expuestas de forma sucinta esas muy básicas premisas acerca de la carga de la prueba –prescindiendo en detalle de controversias doctrinarias– y su aplicación en el procedimiento administrativo, procede ahora revisar su aplicación en el caso del ordenamiento jurídico bajo estudio, lo que se hace a continuación.

III. LA CARENCIA DE REGULACIÓN LEGAL ESPECÍFICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO. SU REEMPLAZO POR LOS POSTULADOS DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA EN APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES

En el caso del ordenamiento jurídico venezolano, el tema de la carga de la prueba no encuentra regulación ni en la legislación procedimental administrativa general (más allá de algunas pautas indirectas) ni tampoco en la más reciente ley procesal administrativa¹⁹. Por tanto, en el Derecho positivo hay que acudir a la legislación procesal general, bajo una lectura en clave constitucional y convencional²⁰.

Así las cosas, la doctrina y la jurisprudencia tradicionales han adoptado la posición usual esbozada en el sub-epígrafe previo, en cuanto a entender que en los procedimientos administrativos que tienen por fin la emisión de actos administrativos que benefician al particular al ampliar su esfera de derechos e intereses, la carga de demostrar que se cumplen los requisitos fácticos para que la petición prospere corresponde a quien insta a la Administración Pública en ese sentido. Mientras que al contrario, si se trata de la imposición de actos administrativos que restringen derechos o intereses causando una situación indeseable al particular, la carga probatoria en cuanto a la verificación de los supuestos de hecho exigidos por el ordenamiento para que tal acto formal se produzca, corresponde a la Administración Pública²¹.

¹⁸ Véase para el procedimiento administrativo español, entre otros: González Navarro, *op. cit.*, pp. 735-738; González Pérez, Jesús: *Manual de procedimiento administrativo*. Civitas. Madrid, 2000, pp. 320-321. En el caso venezolano, entre otros: González Betancourt, *op. cit.*, pp. 122-127.

¹⁹ Consúltese entre otros: González Betancourt, *op. cit.*, pp. 133-134. En general, el régimen probatorio de las leyes procesales administrativas no difiere demasiado del Derecho Procesal Común, como señala y critica Hutchinson, Tomás: *Derecho Procesal Administrativo*. Tomo III. Rubinzol-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2009, pp. 35-38.

²⁰ Una visión general del asunto en el caso venezolano la aporta Hernández-Mendible, Víctor Rafael: *El derecho constitucional a la prueba en los procesos administrativos*. En: Canónico Sarabia, A (Coord.): Actualidad del contencioso administrativo y otros mecanismos de control del Poder Público. V Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2013. Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Adiestramiento Jurídico (CAJO). Caracas, 2013, pp. 525-562.

²¹ Cfr. por ejemplo: Brewer-Carías, Allan-Randolph: *La carga de la prueba en el Derecho Administrativo*. Cuaderno de Trabajo Número 23. Instituto de Filosofía del Derecho. Universidad del Zulia. Venezuela, 1978, pp. 30-32. Disponible en línea marzo de 2020: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.4.100.pdf>; más recientemente del mismo autor: *Tratado... Volumen IV*, pp. 617-621 y 809-810. Puede consultarse también, entre otros: Araujo-Juárez, *op. cit.* pp. 278-280; Meier E., Enrique: *El procedimiento administrativo*

Y en tercer lugar, si se está en presencia de procedimientos administrativos triangulares o trilaterales, la carga de la prueba corresponderá a quien alegue el acaecimiento de los hechos que configuran el fundamento fáctico de sus peticiones, planteadas ante la Administración con el fin de que esta resuelva una controversia entre partes²². Por supuesto, aquí entrarán las correspondientes matizaciones respecto a los hechos constitutivos, modificativos, impeditivos y extintivos²³, así como lógicamente el tema de la negación de los hechos, según se trate de una negación indefinida o general o bien de una negación respecto a circunstancias concretas en tiempo y lugar²⁴. Mas no es el caso detallar aquí lo planteado por la doctrina venezolana, que básicamente no difiere de los postulados comunes²⁵.

En el supuesto de estos últimos procedimientos administrativos (triangulares), entrarán en juego entonces mediante la aplicación analógica, tanto las reglas de la prueba de las obligaciones establecidas en la legislación civil general como la contenida en el Código de Procedimiento Civil²⁶.

No hay apoyo directo en el Derecho positivo, en cambio, para el caso de los procedimientos administrativos bilaterales. Ante tal ausencia, las soluciones antes descritas se basan en una práctica amparada por las máximas ya referidas, en cuanto a que la carga de probar los hechos constitutivos de una situación jurídica favorable (adquisición de la titularidad o del ejercicio de derechos, remoción de obstáculos para que ello ocurra, validación *a posteriori*) corresponde a quien será el beneficiario. De tal suerte que incumbirá al solicitante del acto

ordinario. Editorial Jurídica Alva, S.R.L. Caracas, 1992, pp. 245-251; Urosa Maggi, Daniela: *Inicio y sustanciación del procedimiento administrativo ordinario. Las garantías de los particulares durante estas fases*. En: Actualización en procedimiento Administrativo. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, pp. 27-28; Herrera Orellana, Luis Alfonso: *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*. En la obra colectiva: *Manual de Práctica Forense. Contencioso Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009, p. 125; Kiriakidis Longhi, Jorge: *Las Pruebas en el Proceso Administrativo. Consideraciones sobre el Derecho Probatorio en los Procedimientos Administrativos y el Contencioso Administrativo de Anulación, con especial referencia a los principios de carga de la prueba y libertad probatoria*. En la obra colectiva: *Derecho contencioso-administrativo: Libro homenaje al profesor Luis Henrique Farías Mata*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto-Venezuela, 2006, pp. 274-275 y 283-284; Kiriakidis Longhi, Jorge: *El régimen de las pruebas en el Derecho Procesal Administrativo. La carga de la prueba, el objeto de la prueba y los medios de prueba en los procedimientos administrativos y el contencioso administrativo de anulación*. En la obra colectiva: *100 años de enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009- FJCP-UCV-Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila-Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)*. Caracas, 2011, pp. 988-990; con alguna matización: Leal Wilhelm, Salvador: *Teoría del procedimiento administrativo*. Vadell Hermanos editores. Valencia-Venezuela, 2011, pp. 177-179.

²² Cfr. entre otros: Araujo-Juárez, *op. cit.* pp. 278-279.

²³ Véase entre otros: Morón Palomino, *op. cit.*, pp. 278-280; Couture, *op. cit.*, p. 245; Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 465-472 y 492-493. Cfr. para el caso venezolano: Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 294-301. Para el proceso administrativo: Blanquer, *op. cit.*, pp. 218-236; MORENILLA Allard, Pablo: *La prueba en el proceso contencioso administrativo*. Editorial Edijus. Zaragoza-España, 1997, pp. 201-213.

²⁴ Cfr. entre otros: Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 210-214 y 507-509.

²⁵ Véase, tempranamente: Brewer-Carías, *La carga...*, pp. 28-29.

²⁶ Sobre el tema en el proceso en general pueden verse entre otros: Ortells Ramos, *op. cit.*, p. 400; Couture, *op. cit.*, p. 243. Para el caso venezolano, especialmente el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil Venezolano. Véanse los comentarios a este, de entre otros: Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 300-301. Véase también para el proceso administrativo, entre otros: Kiriakidis, *Las pruebas...*, p. 272.

favorable demostrar que en el supuesto concreto concurren las exigencias fácticas correspondientes para su obtención, haciendo la ya aludida salvedad respecto a la matización que implican los principios de oficialidad e inquisitivo propios de todo procedimiento administrativo.

En cambio, para el supuesto de los procedimientos ablatorios, los principios y reglas constitucionales y convencionales del Debido Proceso resultan especialmente aplicables. Directamente en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, en atención al artículo 49 de la Constitución, y por extensión a los procedimientos que restringen derechos en general. De allí que frente a una potencial situación jurídica desfavorable, la regla será que corresponderá a la Administración Pública sustanciadora la carga de probar los hechos constitutivos de la actuación ablatoria, en virtud de la existencia de los Derechos convencionales y constitucionales procesales, especialmente de la llamada presunción de inocencia.

Expuesto brevemente lo anterior²⁷, que no difiere de los lineamientos generales en materia de procedimiento administrativo²⁸, procede esbozar a continuación el problemático tema de las relaciones entre las iniciativas probatorias del juez (contencioso administrativo en nuestro caso) con las referidas reglas a la carga probatoria, tanto en sede administrativa como en la ulterior judicial.

IV. BREVE REFERENCIA A LOS LÍMITES DE LAS INICIATIVAS PROBATORIAS DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON LAS REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Es constante en los ordenamientos procesales modernos regidos por el principio dispositivo, otorgar al juez, en su condición de director del proceso, iniciativas probatorias de diversa índole. Y ello, en opinión mayoritaria, en modo alguno desdice de la prevalencia de ese principio dispositivo ni los transforma en procesos inquisitivos²⁹, toda vez que el *thema decidendum* sigue siendo el planteado por las pretensiones de las partes³⁰. De allí que se hable de una nueva concepción del proceso dispositivo, o bien de elementos inquisitivos en este, o incluso de una mixtura entre ambos³¹.

²⁷ Para el caso de los procedimientos administrativos de segundo grado, específicamente los originados en la interposición de recursos administrativos, en principio la carga de la prueba corresponderá al recurrente, pero ello tiene sus peculiaridades. Véase: Brewer-Carías, *La carga...*, pp. 36-37.

²⁸ Véase por ejemplo para el caso del procedimiento administrativo español: Gimeno Sendra, Moreno Catena y Sala Sánchez, *op. cit.*, p. 103.

²⁹ Aun cuando autorizada doctrina sostiene que esta posición solo es admisible desde el punto de vista *lato* de la noción del principio dispositivo, pero que la facultad probatoria es exclusiva de las partes de acuerdo con el sentido estricto de este (Devis Echandía, *op. cit.*, p. 80).

³⁰ *Cfr.* Vescovi, *op. cit.*, p. 52. Véase para el caso venezolano: Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 231-234. No obstante, este autor apunta que la distribución de la carga de la prueba es propia del principio dispositivo y no del inquisitorio (*ibidem*, p. 288). En similar sentido respecto a esto último: Cortes Domínguez, Valentín, Gimeno Sendra, Vicente y Víctor Moreno Catena: *Derecho Procesal Civil*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 177-178; Couture, *op. cit.*, pp. 240-241. En el Derecho Administrativo venezolano, puede verse entre otros: Brewer-Carías, *La carga...*, pp. 25-26.

³¹ *Cfr.* Vescovi, *op. cit.*, pp. 54 y 219. A procesos mixtos se refiere Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 80-81 como la tendencia codificadora, para concluir en que el proceso totalmente dispositivo ya no existe. Sin embargo, hay que tener en cuenta, en todo caso, que esas iniciativas probatorias son excepcionales en el proceso civil, como apunta para el caso venezolano, por ejemplo Rengel-Romberg, *op. cit.*, p. 220, aun cuando reconoce el progresivo acercamiento del sistema probatorio civil al penal (*Ibidem*, p. 230). Para el proceso administrativo venezolano, pueden verse las consideraciones de, entre otros: Linares Martínez, Aurilivi: *Los poderes del juez contencioso-*

En el supuesto del proceso administrativo³², la presencia más o menos marcada -según el caso- del interés general, como elemento subyacente a muchas controversias que se ventilan en él, determina la existencia y regulación, incluso con mayor énfasis, de iniciativas probatorias judiciales que pueden ejercerse *motu proprio*³³, y que al menos en el ordenamiento venezolano, exceden ampliamente las tradicionales del juez civil (los conocidos <<autos para mejor proveer>>)³⁴.

administrativo en materia probatoria: ¿simple espectador o director del proceso? En: Hernández-Mendible, V (Dir.): Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Tomo II. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 1.385-1.401. Afirmando la naturaleza inquisitiva del contencioso administrativo en el caso de pretensiones de nulidad de actos administrativos: Mejía Betancourt, *op. cit.* pp. 157-158. En similar sentido respecto al contencioso en general: Badell Madrid, Rafael: *Consideraciones generales sobre la jurisdicción contencioso administrativa*. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Número 159. Caracas, 2019, p. 272. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/disponible-a-texto-completo-el-boletin-nro-159-julio-diciembre-2019-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales/>. Para el caso español puede verse, entre otros: Cháves García, José Ramón: *La prueba contencioso-administrativa: análisis dogmático y jurisprudencial*. Editorial Universitat. S.A. Madrid, 2007, pp. 78-79.

³² Respecto a la primacía del principio dispositivo combinado con iniciativas probatorias judiciales en el proceso administrativo pueden verse, por ejemplo, en el proceso administrativo costarricense: Milano Sánchez, Aldo: *La actividad procesal en el Código Procesal Contencioso Administrativo*. En: Jiménez Meza, Manrique, Jinesta Lobo, Ernesto, Milano Sánchez y Óscar González Camacho: *El nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*. Poder Judicial. San José, Costa Rica, 2006, p. 314. En el ordenamiento guatemalteco: Calderón M., Hugo H.: *El proceso contencioso administrativo en Guatemala*. En: Rodríguez-Arana Muñoz, J. y García Pérez, M. (Coord.): *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Iberoamérica*. Colección Derecho Público Iberoamericano N° 1. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 289. Respecto a las iniciativas probatorias en el régimen federal mexicano: Esquivel Vázquez, Gustavo Arturo: *El Derecho contencioso administrativo en México*. En: Rodríguez-Arana Muñoz, J. y García Pérez, M. (Coord.): *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Iberoamérica*. Colección Derecho Público Iberoamericano N° 1. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, pp. 339-340. En el Derecho argentino puede consultarse entre otros: Hutchinson, *op. cit.*, pp. 39-40. En el Derecho español, pueden verse entre otros: Blanquer, *op. cit.*, pp. 172-177; Morenilla Allard, *op. cit.*, pp. 50-58. Para el caso venezolano, consúltense entre otros: Kiriakidis, *Las pruebas...*, pp. 276-278, Kiriakidis L., *El régimen...*, p. 1.004-1.006; Linares Martínez, *op. cit.*, pp. 1.395-1.404 y 1.412. En contra y afirmando la prevalencia del principio inquisitivo también en sede judicial: Silva Bocaney, José Gregorio: *Anotaciones sobre la prueba en el proceso administrativo II*. En: Canónico Sarabia, A (Coord.): *Actualidad del contencioso administrativo y otros mecanismos de control del Poder Público*. V Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2013. Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Adiestramiento Jurídico (CAJO). Caracas, 2013, p. 495; parcialmente en contra también: Mejía Betancourt, *op. cit.*, pp. 183-185 y 197. La polémica ha sido tradicional en el contencioso administrativo venezolano, como se evidencia al revisar a: Brewer-Carías, *La carga...*, pp. 40-41. Véase del mismo autor, más recientemente: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. La Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Volumen VI. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, pp. 256-260.

³³ Véase entre otros: Hutchinson, *op. cit.*, pp. 39-41, 56 y 123-127; Blanquer, *op. cit.*, pp. 238-240; Morenilla Allard, *op. cit.*, pp. 59-65 y 141-156.

³⁴ Para el caso español, se señala que las diligencias probatorias finales acordadas por el juez solo son en apariencia de oficio, puesto que se trata de medios de prueba aportados por las partes pero cuya práctica fue inútil por razones ajenas a la voluntad de estas (Ortells Ramos, *op. cit.*, p. 397). En similar sentido para el caso venezolano: Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 384-388. Véase también; Kiriakidis L., *El régimen...*, p. 1007; Mejía Betancourt, *op. cit.*, pp. 168-169.

Usuales en la ley venezolana desde hace décadas³⁵, tales potestades del juez han encontrado regulación de una manera amplia en cuanto a su extensión y parca en cuanto a sus límites en el Derecho positivo vigente. De allí que, de forma similar a lo acaecido en otros ordenamientos, pero quizá con especial pertinencia en el venezolano, cabe plantearse el asunto de la no siempre fácil armonización entre las reglas de la carga de la prueba atribuidas a cada parte y las iniciativas probatorias del juez contencioso administrativo³⁶.

Se trata de un asunto que ha ocupado a la doctrina, y cuya reseña excede el objeto de estas páginas. Por tanto, basta con limitarse a resumir señalando que si bien no cabe una objeción apriorística a la existencia de tales iniciativas, las mismas deben ejercerse:

Primero: De forma excepcional (pues de lo contrario harían nugatorias las reglas de la carga de la prueba, como ya se señaló)³⁷;

Segundo: Con mesura, de forma tal de no ampliar las ya amplias prerrogativas procesales de la Administración Pública que de por sí la colocan en una situación de ventaja frente a su contraparte particular;

Tercero: Cuidando de no alterar en lo posible las reglas de la carga probatoria; y

Cuarto: Solo en aquellos casos en que resulten extremadamente necesarias debido, de forma concurrente, tanto a la marcada insuficiencia probatoria para decidir –carencia no imputable a las partes–³⁸ como a la presencia justificada de un interés público concreto de especial relevancia estrechamente vinculado con el objeto de la controversia.

³⁵ Véanse entre otros: Brewer-Carías, *La carga...*, pp. 41-42; Brewer Carías, *Tratado... Tomo VI*, pp. 259 y 386-387; Linares Martínez, *op. cit.*, pp. 1401-1402.

³⁶ Pues no debe olvidarse, como regla general, que la prueba es un acto de parte y no del juez (Rengel-Romberg, *op. cit.*, p. 219). Aparentemente en contra se muestra Linares Martínez, *op. cit.*, p. 1.387, quien afirma que tales iniciativas pueden emplearse incluso ante la negligencia de las partes. No obstante la misma autora expone que el juez puede hacer uso de tales potestades <<...sin suplantar a ninguna de las partes>> (*Ibidem*, p. 1.385) aunque a su vez admite que el juez puede cambiar y sustituir planteamientos y defensas sin modificar la pretensión (*Ibidem*, p. 1.410), así como reconoce su carácter excepcional (*Ibidem*, pp. 1.400 y 1.411).

³⁷ Parcialmente en contra, en cuanto a sostener que las iniciativas probatorias judiciales son perfectamente admisibles en general, incluso en el proceso civil: Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 81-83 y 112.

³⁸ *Cfr.* Morón Palomino, *op. cit.*, p. 281. En este punto coincide al menos parcialmente la posición de un amplio sector de la doctrina con la de Devis Echandía, *op. cit.*, p. 445, en el sentido de que este último admite que la iniciativa probatoria judicial (que él entiende no es excepcional en el actual proceso civil) solo puede darse ante insuficiencias probatorias que no sean consecuencia de la conducta obstruccionista, ímproba, desleal e ilícita de la parte que tenga en su poder el aportar la prueba. Aparentemente en contra para el proceso administrativo venezolano: Linares Martínez, *op. cit.*, p. 1387. Este punto –que además se relaciona con tema del principio de la facilidad y disponibilidad de la prueba (véase Devis Echandía, *op. cit.*, pp. 120-123 y 138-139) es importante retenerlo, pues sobre él se volverá al estudiar el caso del proceso administrativo venezolano y la conducta procesal tanto de la Administración Pública como del juez contencioso administrativo. Vale aquí la pena citar la interrogante formulada que se relaciona con lo que más adelante se expondrá: <<¿puede la Administración ulteriormente en el proceso administrativo producir la prueba que no produjo antes en sede administrativa? ¿Puede demostrar tardíamente el sustento fáctico de su comportamiento? Mucho depende de si uno quiere privilegiar la verdad objetiva en cualquier etapa del proceso, en cuyo caso puede admitir la introducción de pruebas hasta en la etapa de sentencia en las más altas instancias, o si prefiere reafirmar el debido proceso en sede administrativa, caso en el cual condenará a la decisión administrativa que no fue, al momento de su dictado, sustentada en un sustento fáctico y probatorio razonable y suficiente>> Consideramos que se trata

Ese breve marco dogmático resulta pertinente con el objeto de encuadrar el análisis del uso que le viene dando la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana a sus iniciativas probatorias. Ello pasa a tratarse en los siguientes epígrafes con una hipótesis preliminar, a saber: el uso de las iniciativas probatorias del juez contencioso-administrativo venezolano, representado en este caso por su máxima instancia, no solo es que *no* se ajusta a ninguno de los parámetros antes expuestos y que permiten sostener que en algunos casos su empleo estaría justificado.

Es mucho más grave que eso. Su reiterado y abusivo ejercicio, en primer término, altera las reglas de la carga probatoria en el contencioso administrativo, colocando en una injustificada situación de desventaja a la contraparte, incluso lindando con la indefensión. Y en segundo lugar, es tan extremo que en algunos supuestos termina desnaturalizando también –en una suerte de modificación sobrevenida– las reglas de la carga de la prueba en los procedimientos administrativos que resultan sometidos a revisión judicial en virtud de la interposición de las diversas pretensiones procesales que derivan de tales procedimientos.

La pretendida justificación de ese proceder de la máxima instancia de la Justicia Administrativa venezolana vendría dada por la invocación ritual del artículo de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual dispone:

Artículo 39

Auto para mejor proveer

En cualquier estado de la causa el Juez o Jueza podrá solicitar información o hacer evacuar de oficio las pruebas que considere pertinentes. Este auto será inapelable. Las partes podrán hacer observaciones sobre las actuaciones practicadas.

No obstante, como ya se expresó, es evidente que la aplicación de tal dispositivo legal, como la de cualquier otro, está sujeto a los criterios interpretativos propios de la disciplina, incluyendo los elementos lógico y teleológico. Y además de ello, en la hipótesis de esta disposición en concreto, a los lineamientos antes expuestos, dada su condición de norma -si no excepcional- al menos no de aplicación indiscriminada.

Veámoslo con más detalle a continuación valiéndonos del estudio de casos concretos.

V. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA E INMOTIVADA DE LAS REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA POR LA PRÁCTICA JUDICIAL VENEZOLANA RECIENTE. EL ABUSO DE LAS INICIATIVAS PROBATORIAS COMO VÍA PARA FAVORECER INDEBIDAMENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ALGUNOS EJEMPLOS

1. *La alteración de las reglas jurisprudenciales de la carga de la prueba ante la negligencia de la Administración Pública en remitir oportuna y adecuadamente el expediente administrativo*

Como ya se apuntó, la legislación procesal administrativa venezolana no regula el tema probatorio más allá de señalar los lapsos correspondientes en los diversos procedimientos. Así pues, la mayoría de los asuntos que en otros ordenamientos encuentran previsión en las

más bien de una pregunta retórica a la luz del principio de supremacía constitucional (Gordillo, Agustín: *La prueba en el Derecho Procesal Administrativo*. En: Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995, pp. 313-314. En casi idéntico texto: Hutchinson, *op. cit.*, pp. 59-60.

leyes respectivas, en este siguen regulándose, aparte de por los principios y reglas del Código Procesal Civil a tenor del reenvío que hace el artículo 31 de la LOJCA, básicamente por criterios jurisprudenciales.

Es esa la hipótesis para el tema del expediente administrativo, que recoge lo que la ley denomina también los antecedentes administrativos³⁹. Reiterando las regulaciones previas, la LOJCA se limita a prever que en el proceso para la tramitación de las pretensiones de nulidad de actos administrativos, una vez admitida la demanda se solicitará el expediente administrativo, agregando la previsión de sancionar con multa al funcionario que omita o retarde dicha remisión (artículo 79)⁴⁰.

Ante el silencio legislativo⁴¹, se mantienen entonces los criterios jurisprudenciales previos desarrollados por la jurisprudencia contencioso-administrativa de fines del pasado siglo, basados en principios similares a lo que en otros ordenamientos tienen asidero en el Derecho positivo. Criterios sistematizados en una decisión de la década pasada, que además agregó –en una cuestionable ejercicio cuasi normativo– una serie de <<regulaciones nuevas>> cuya pertinencia ha sido criticada por la doctrina⁴², toda vez que las mismas favorecen la posición procesal de la Administración Pública autora del acto cuya declaración de nulidad se solicita.

A los fines de este trabajo, los puntos más relevantes de tal desarrollo jurisprudencial son:

³⁹ Respecto al expediente administrativo en el Derecho venezolano, pueden verse entre otros: Pellegrino Pacera, Cosimina G.: *Algunas consideraciones sobre el procedimiento administrativo y el expediente administrativo*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello Núm. 64. Caracas, 2009, pp. 32-36. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/64/UCAB_64_2010_11-39.pdf; Pellegrino Pacera, Cosimina G.: *Otras consideraciones sobre el expediente administrativo*. Anuario de Derecho Público Núm. 6. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas, 2012, pp. 261-277. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/ADPUB-MONTEAVILA/6/ADPUB_2012_6_261-278.pdf; Sosa Gómez, Cecilia: “Valor jurídico del expediente Administrativo”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* Núm. 5, Caracas, 2015, pp. 197-225. <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2015/09/Cecilia-Sosa-Go%C3%ACmez.pdf>; Mejía Betancourt, *op. cit.*, pp. 163-180.

⁴⁰ Muy diferente al caso de las provisiones del proceso administrativo español, que se ocupa de este tema. Lo explica así Blanquer, *op. cit.*, p. 262: <<Hasta tres trincheras crea la Ley para proteger al recurrente frente al incumplimiento por la Administración de la obligación de remitir el expediente completo (las multas coercitivas, la información al Ministerio Fiscal y el rechazo del escrito de contestación a la demanda)>>. El autor detalla el asunto en: *Ibidem*, pp. 262-264). Véase también: Cháves García, *op. cit.*, pp. 76-77. Una orientación similar a la española, en cuanto a supeditar la admisión de la demanda contentiva de la pretensión procesal administrativa de nulidad de actos administrativos al recibo del expediente administrativo, se encuentra en una propuesta de *lege ferenda* para el caso boliviano, en: Serrate Paz, José Mario: *El contencioso administrativo en Bolivia*. En: Rodríguez-Arana Muñoz, J. y García Pérez, M. (Coords.): *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Iberoamérica*. Colección Derecho Público Iberoamericano N° 1. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, pp. 77-78.

⁴¹ Ausencia regulatoria criticada por Mejía Betancourt, *op. cit.*, pp. 179-180, dados los múltiples inconvenientes que genera.

⁴² Véase por ejemplo: Figueiras Robisco, Alejandra: *Las nuevas normas creadas por los jueces sobre el expediente administrativo en los juicios Contenciosos-Administrativos*. Anuario de Derecho Público Núm. 1. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas, 2007, pp. 411-416.

1. El expediente administrativo es el resultado de la recopilación completa y cronológicamente ordenada, de la documentación de todos los actos que tuvieron lugar en la tramitación del procedimiento de formación del acto administrativo cuya declaración de nulidad se solicita; así como también de la documentación del procedimiento de revisión del acto administrativo si este tuvo lugar. Esa regla jurisprudencial se deriva del régimen contenido en ley procedimental venezolana, que en líneas generales es común en Iberoamérica.
2. El envío oportuno de ese expediente administrativo es carga procesal de la Administración Pública que sea parte –según la personificación sustantiva y procesal con que actúe en el proceso judicial contentivo de la pretensión de nulidad⁴³.
3. En consecuencia, el incumplimiento de esa carga procesal llevará al juez contencioso administrativo la convicción de que los hechos afirmados por la parte actora son ciertos⁴⁴, salvo prueba que se deduzca de otros medios incorporados al proceso judicial durante su tramitación⁴⁵. Se trata pues, de una presunción *iuris tantum*⁴⁶.
4. El envío del expediente administrativo puede hacerse por la Administración en cualquier estado de la causa judicial, hasta luego de la presentación de los informes o conclusiones, fase inmediatamente previa a la sentencia definitiva. No opera el principio de la preclusión procesal en estos casos. Se trata de una regla incorporada por la jurisprudencia de la actual Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que no encuentra asidero ni en los precedentes previos ni en el Derecho positivo, y que coloca a la Administración Pública en una situación ventajosa sin que exista una clara justificación, no digamos legal, si no al menos conceptual para ello⁴⁷.

⁴³ Sostiene la doctrina por su parte que: <<... *el expediente administrativo constituido por el conjunto de actuaciones previas dirigidas a formar la voluntad administrativa deviene en la prueba documental que sustenta la decisión de la Administración; sólo a ésta le corresponde la carga de incorporar al proceso los antecedentes administrativos*>> (Sosa Gómez, *op. cit.*, p. 209). En similar sentido: Mejía Betancourt, *op. cit.*, pp. 195-196.

⁴⁴ Véase también: Sosa Gómez, *op. cit.*, pp. 212-213; Perozo Quintero, Isdel: “Aspectos probatorios en el contencioso administrativo”. *Revista de Derecho Administrativo* N° 7. Editorial Sherwood. Caracas, 1999, p. 173-174.

⁴⁵ En anterior ocasión señalamos al respecto: <<*El fundamento de este criterio jurisprudencial estriba en el principio de accesibilidad y facilidad de la prueba, toda vez que, siendo que la misma está disponible para la Administración y no así para el demandante, es lógico que si el órgano o ente demandado no pone a disposición del juez y de su contraparte los medios probatorios que tiene en su poder, habrá de asumir consecuencias adversas desde el punto de vista procesal, como necesaria solución (y prevención) ante su posible conducta desleal o, por decir lo menos, negligente*>> (Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: “Notas sobre algunos criterios recientes de la Sala Político-Administrativa en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Parte Final)”. *Revista de Derecho Público* N° 129. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, p. 276).

⁴⁶ Respecto a la remisión del expediente administrativo al juez contencioso administrativo como carga de la Administración Pública, puede verse además de lo ya citado, en la doctrina española, entre otros: Cháves García, *op. cit.*, pp. 243-244. En la doctrina venezolana, entre otros: Kiriakidis, *op. cit.*, pp. 278-280; Kiriakidis L., *El régimen...*, p. 996-997. Agrega Silva Bocaney, *Anotaciones...*, p. 398, que su falta de envío oportuno genera una presunción en contra de la Administración Pública demandada y favorable a la pretensión del actor. Para el caso español, lo explica así Blanquer, *op. cit.*, p. 253: <<*Teniendo en cuenta el principio de buena fe procesal (la carga de la prueba pesa sobre quien tiene más facilidad de aportar las pruebas), es lógico que se imponga a la Administración la obligación de facilitar la reconstrucción de la “intrahistoria” del acto o disposición impugnados. La igualdad del combate jurídico se quebraría si una parte tuviera a su disposición todos los datos y no los facilitara al demandante*>>.

⁴⁷ Véase al respecto: Figueiras Robisco, *op. cit.*, p. 416. Señala Silva Bocaney, *Anotaciones...*, p. 399, que el criterio jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa, en cuanto a aceptar el envío

Pero lo cierto es que en los últimos años, a la máxima instancia de la Justicia Administrativa venezolana no le ha parecido adecuado atenerse a sus propios criterios, por lo que ha avanzado más en el favorecimiento procesal de la Administración Pública. Y ello lo ha hecho empleando dos modalidades. Primero: mediante la práctica de solicitar los antecedentes administrativos varias veces y durante las diversas etapas del proceso, incluso en la oportunidad de dictar sentencia definitiva; y más grave aún si se quiere, en segunda instancia, conociendo en alzada de una causa en virtud de la interposición de un recurso de apelación. Y segundo: solicitando *a posteriori* recaudos y documentos que deberían haber estado en ese expediente administrativo remitido por la Administración Pública.

Veámoslo con más detalle a continuación.

A. *Mediante la solicitud reiterada del expediente administrativo en la tramitación de pretensiones de nulidad de actos administrativos*

En lo atinente a la antes referida y muy cuestionable práctica de la máxima instancia de la Justicia Administrativa venezolana de usar sus potestades de iniciativa probatoria frente a la omisión o reticencia de la Administración Pública en el envío adecuado y oportuno del expediente administrativo, señalamos en anterior oportunidad:

<<Múltiples ejemplos de esta práctica se evidencian en la labor jurisdiccional de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que ha llegado a solicitar el expediente o los antecedentes administrativos hasta siete (7) veces. Resultado de ello, es que lo que debería ser una carga procesal de la Administración, cuyo incumplimiento origina que el juez establece una suerte de presunción *iuris tantum* en cuanto a dar por ciertos los hechos afirmados por la parte demandante y cuya constatación (o refutación) correspondía hacerse fundamentalmente con la revisión del contenido de los antecedentes administrativos del caso, salvo que del examen del expediente judicial existan medios probatorios que lo lleven a otra convicción, termina siendo suplida por la actividad del juez, en franco detrimento a la igualdad procesal y en contravención a la propia naturaleza y finalidad de la iniciativa probatoria del juez contencioso-administrativo>>⁴⁸.

La situación, lejos de haber cambiado, más bien parece haberse agudizado. Baste al respecto con referir algunos –la revisión no fue exhaustiva sino a título de ejemplos– de los autos mediante los que la Sala Político-Administrativa solicita, o bien los antecedentes administrativos repetidas veces, en la oportunidad de dictar sentencia definitiva (en 2 ocasiones: autos para mejor proveer número 32 del 28/02/13 y 131 del 26/09/13; en 3 ocasiones, autos para mejor proveer números 65 del 08/06/11, 113 del 15/10/11, 7 del 2/02/12, 67 del 6/06/12, 2 del 5/02/15; en 4 ocasiones, autos para mejor proveer números 80 del 8/07/11 y 119 del 19/09/12; y en 5 ocasiones, auto para mejor proveer número 4 del 30/01/13)⁴⁹; o bien la remi-

del expediente administrativo en cualquier etapa del proceso, inclusive hasta después del acto de informes, puede resultar lesiva al derecho a la defensa del particular, lo cual se agrava si se recibe en el proceso de segunda instancia (*Ibidem*, p. 400). De lo que concluye que se trata de una ventaja indebida para la Administración Pública, considerando además que para la fecha en que se interpone la pretensión, el expediente administrativo se encuentra debidamente sustanciado y terminado, por lo que no hay razón alguna para aceptar la demora en su envío en lapsos distintos a los legales.

⁴⁸ Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: *Problemas fundamentales del contencioso administrativo venezolano en la actualidad*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2013, pp. 186-187.

⁴⁹ Esa práctica ya la habíamos comentado previamente también en: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: "Notas sobre algunos criterios recientes de la Sala Político-Administrativa en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Parte Final)". *Revista de Derecho Público* N° 129. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 276-277.

sión del expediente administrativo conociendo de la causa en alzada o segunda instancia –y en algunos casos también varias veces– (autos para mejor proveer números 76 del 30/06/11, 15 del 8/02/12, 36, 38 y 39 del 25/04/12, 44 y 45 del 8/05/12, 53 y 54 del 16/05/12, 57 del 16/05/12, 64 del 30/05/12, 70 del 13/06/12, 84 del 4/07/12, 104 del 1/08/12, 118 del 14/09/12, 126 del 9/10/12, 136 del 28/11/12, 150 del 12/12/12, 156 del 19/12/12, 33 del 12/03/13, 54 del 10/04/13, 169 del 20/11/13, 170 del 20/11/13 y 182 del 11/12/13, 71 del 4/06/14 y 85 del 2/07/14)⁵⁰.

Cabe señalar que esa práctica no obedece a cambio jurisprudencial alguno en este asunto. La Sala Político-Administrativa ha reiterado recientemente su criterio tradicional en cuanto a que el envío del expediente administrativo es carga procesal de la Administración Pública, cuyo incumplimiento por tanto puede causarle indeseables efectos procesales. Así lo ha señalado, por ejemplo, tan recientemente como puede verse en la decisión 255 del 22/05/19, en la cual asevera:

<<Ahora bien, el expediente administrativo está constituido por el conjunto de actuaciones previas que están dirigidas a formar la voluntad administrativa, y deviene en la prueba documental que sustenta la decisión de la Administración. Por tanto, **sólo a ésta le correspondería la carga de incorporar al proceso los antecedentes administrativos; su no remisión constituye una omisión que pudiera obrar en contra de la Administración y crear una presunción favorable a la pretensión de la parte accionante.**

En este sentido, **se insiste en que la remisión de los antecedentes administrativos es una carga procesal de la Administración, cuya omisión puede acarrear consecuencias negativas para ésta como parte que es en el proceso**, pues no puede el juzgador apreciar en todo su valor el procedimiento administrativo, así como tampoco las razones de hecho y de derecho que fundamentaron la decisión>> (resaltado añadido).

Resultado obligado de tal proceder, palmariamente contradictorio con la última sentencia citada, es en el mejor de los casos colocar en una situación de notable ventaja a quien ha incumplido reiteradamente lo que el propio órgano judicial concibe como una carga procesal, desnaturalizando la razón de ser de esa categoría adjetiva. Y en el peor, sumir en un estado de casi absoluta indefensión al particular contraparte de la Administración Pública, que hasta la última fase de la causa, incluso en segunda instancia, estará sometido al riesgo de que la entera situación probatoria del juicio sea modificada por el proceder unilateral del juez⁵¹, con todas las consecuencias gravosas respectivas⁵². No creemos que la búsqueda de una pretendida verdad material justifique entonces la vulneración de derechos constitucionales procesales de manera tan evidente.

⁵⁰ Encontramos que en solo dos casos el Tribunal justifica tal petición aduciendo que el juez *a quo* no solicitó en su oportunidad el expediente administrativo (autos números 42 del 2/05/12 y 149 del 22/11/12). En los demás, este había sido oportunamente pedido –e incluso varias veces– y la Administración Pública simplemente no había cumplido con su carga ni los funcionarios con su deber.

⁵¹ Y es que para el caso de las pretensiones de nulidad de actos administrativos particulares, compartimos lo aseverado por la doctrina, en cuanto a que: <<...*el expediente administrativo constituye la piedra angular, desde punto de vista de la Administración, para el control judicial*>> (Pellegrino Pacera, *Algunas consideraciones...*, p. 33).

⁵² En tales casos, el Tribunal suele establecer un lapso de cinco días de Despacho (laborables) contados a partir de la recepción del expediente administrativo, para que las partes formulen sus observaciones, lo cual es obvio que no puede considerarse un plazo mínimamente suficiente y por tanto resulta irrazonable. Tómese en cuenta que no es inusual que los expedientes administrativos tengan varios centenares de páginas. Así por ejemplo véase el auto para mejor proveer de la Sala Político-Administrativa número 144 del 23/10/13.

B. *Mediante la solicitud de recaudos y documentos que debían cursar en el expediente administrativo en la tramitación de pretensiones de nulidad de actos administrativos*

Pero además de lo descrito en el sub-epígrafe previo, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia emplea sus potestades oficiosas de iniciativa probatoria para solicitar -también llegado el proceso a la fase de emitir sentencia de fondo- recaudos de diversa índole que debían estar en el expediente administrativo enviado por la Administración Pública en etapas previas. El asunto se agrava porque en tales casos esa solicitud se hace estando el proceso judicial en la segunda instancia. En otros términos, el Juez hace uso de iniciativas probatorias en una etapa en la que incluso está restringida la amplitud de medios de prueba que pueden hacerse valer en plazos preclusivos (artículo 91 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

A continuación algunos ejemplos de ello:

Para pronunciarse respecto al alegato de prescripción del cobro de una obligación tributaria, el juzgador –conociendo en apelación– solicita a la Administración Tributaria envíe una serie de actos administrativos (planillas de liquidación de impuestos contra las que se ejerció recurso jerárquico –alzada– desestimado en vía administrativa), como se evidencia del auto para mejor proveer número 67 del 22/06/10.

De forma similar, en otro juicio y también conociendo en alzada, el órgano judicial, al constatar que el expediente recibido está manifiestamente incompleto, solicita a la Administración Tributaria <<...copia certificada de las actuaciones del expediente administrativo relacionado con el presente caso que no fueron consignadas a los autos...>>, ello con el propósito de <<...conocer con exactitud el alcance y naturaleza de las decisiones administrativas objetadas y el contexto jurídico en el cual fueron adoptadas...>> (auto para mejor proveer número 19 del 23/02/11. También solicita recaudos constatando que el expediente administrativo no está completo, por ejemplo en el auto para mejor proveer número 95 del 23/07/14.

Con el fin de pronunciarse también en apelación, el tribunal solicita a la Administración Tributaria el envío de las actas fiscales que dieron fundamentación a la imposición de multas al recurrente en el procedimiento administrativo, así como <<... cualesquiera otras no especificadas previamente, que guarden relación con el procedimiento de verificación efectuado por la Administración Tributaria en el caso de autos...>>, señalando garantizar con ello la tutela judicial efectiva (auto para mejor proveer número 130 del 24/10/12.

En otra causa, el órgano judicial también pide el envío de una serie de recaudos contentivos de datos respecto a diversas situaciones jurídicas, incluyendo el cumplimiento de requisitos formales por parte de entidades jurídicas y el inicio y tramitación de procedimientos administrativos sancionadores (auto para mejor proveer número 100 del 26/06/13), en un proceso judicial mediante el cual se demanda la declaración de nulidad de una serie de actos de imposición de multas y de obligaciones tributarias. Cabe reiterar que toda esa información se solicita en etapa de sentencia en el proceso de segunda instancia.

En el caso de pretensiones de nulidad frente a una serie de actos de contenido ablatorio y sancionador en materia tributaria, el Tribunal, conociendo en alzada (consulta obligatoria), solicita el envío de la documentación que recoge una serie de actuaciones administrativas mencionadas pero no contenidas en el expediente administrativo recibido, vinculadas con pruebas evacuadas por la Administración Tributaria en el procedimiento administrativo. Cabe resaltar que se trata de actos referidos como motivos de los actos recurridos pero que no fueron tampoco consignados en el proceso judicial (auto para mejor proveer número 126 del 14/08/13).

En otra oportunidad, ante la constatación por parte del Tribunal de que el expediente administrativo se encuentra incompleto, en un proceso judicial que conoce en segunda instancia y en el cual se demanda la nulidad de actos tributarios de contenido ablatorio, solicita nuevamente a la Administración Tributaria el envío de la totalidad del referido expediente (auto para mejor proveer número 95 del 23/07/14).

En todos esos casos se están vulnerando no solo los criterios jurisprudenciales respecto al envío oportuno y adecuado del expediente administrativo como carga procesal de la Administración Pública, sino que además, cabe plantear la hipótesis de que sobrevenidamente se estaría alterando la regla general atinente a que la carga de la prueba en los procedimientos administrativos de naturaleza ablatoria corresponde a la Administración Pública. No otra cosa parece poder concluirse de la activa búsqueda de elementos probatorios que no constan en autos por la negligente conducta procesal de la Administración Pública en el mejor de los casos, o sencillamente, porque no se incorporaron en su oportunidad al expediente de tramitación del procedimiento administrativo respectivo.

Por último, en la tramitación de una pretensión de nulidad de un acto administrativo que ordena la ocupación temporal de un bien inmueble con el fin de realizar un estudio de factibilidad del mismo para el desarrollo de proyectos de construcción de viviendas, el órgano judicial solicita repetidamente a la Administración Pública el envío del expediente administrativo por auto del 16/02/16, así como los resultados de la realización de ese estudio por autos del 07/03/17 y 17/01/18. Y luego de ello, mediante auto para mejor proveer número 6 del 13/02/19, de nuevo el máximo tribunal contencioso administrativo solicita una información adicional a la Administración Pública, esta vez, con el fin de que informe respecto la situación actual del inmueble ya aludido y a la vez que remita <<... [d] el respectivo estudio final en el cual se haya analizado la factibilidad o no del terreno en cuestión>>. Con ello el órgano judicial busca con especial denuedo que se incorporen a los autos elementos de prueba –incluso nuevos– que justifiquen *retroactivamente* el proceder de la Administración Pública en sede administrativa, actuaciones lesivas a los derechos de un particular y que están siendo impugnadas ulteriormente en sede judicial.

Todas estas órdenes judiciales van pues, dirigidas a suplir las carencias y omisiones probatorias de la Administración Pública, derivadas del incumplimiento de sus cargas legales de remitir el expediente administrativo debidamente conformado según los principios y reglas jurídicas correspondientes, en cuanto a su completitud y ordenación cronológica. O peor aún, se está ante negligencias administrativas producto de la previa vulneración de las reglas básicas de tramitación de los procedimientos administrativos en cuanto a la adopción de las diligencias requeridas para adoptar una decisión basada en el soporte fáctico y jurídico requerido (principios de eficacia, eficiencia y buena Administración, entre otros). El resultado es también, por esta vía, soslayar las deficiencias en la defensa del ente público demandado, que deberían haber determinado que operara entonces la regla jurisprudencial en contra de quien incumplió la carga, salvo que el examen del expediente judicial determinara otra conclusión.

Y es que cabe enfatizar que, en los procesos judiciales contra actos de contenido ablatorio, pedir recaudos que incluso pueden ser posteriores a la culminación del procedimiento administrativo que originó tales actos, implica entonces replantear en sede judicial lo que debió analizarse en sede administrativa antes de que se emitiera el pronunciamiento de la Administración Pública. Por consiguiente, también aquí se corre el serio riesgo de alterar sobrevenidamente las cargas probatorias procedimentales, siempre en favor de los entes públicos.

No se agotan aquí las tendencias a favorecer procesalmente a la Administración Pública acudiendo a las iniciativas probatorias del juez, sin sopesar que tales actuaciones pueden influir incluso en ciertos en lo que se decidió con antelación en sede administrativa, modifi-

cando las reglas de la carga probatoria en un modo casi retroactivo. A continuación se muestran otros ejemplos similares del proceder de la máxima instancia de la Justicia Administrativa venezolana en la tramitación de diversos tipos de pretensiones.

2. *La alteración de las reglas de la carga de la prueba en pretensiones de condena interpuestas por la Administración Pública mediante la solicitud de documentos*

Así por ejemplo, puede referirse la iniciativa aprobatoria ejercida en la oportunidad de pronunciarse respecto a solicitud de medida cautelar de secuestro (apoderamiento judicial de un bien concreto) sobre un inmueble, planteada por la República en su condición de parte demandante en una pretensión de condena (resolución de contrato). La pretensión tuvo como causa el supuesto incumplimiento contractual de un ente no estatal y privado, y en la incidencia del caso la Sala Político-Administrativa, haciendo uso de su potestad de iniciativa probatoria, solicita a la parte demandante que presente: 1) El documento registrado mediante el cual fue adquirido la propiedad del inmueble objeto de la demanda y 2) Los contratos celebrados por la empresa demandada con terceros, y que justamente serían la causa del incumplimiento alegado por la parte actora para fundamentar su demanda de resolución contractual (auto para mejor proveer número 17 del 23/02/12).

En otros términos, el órgano judicial pide a la parte demandante aporte los medios probatorios requeridos, en primer lugar, para demostrar la presunción de buen derecho o *fumus boni iuris* requerida con el fin de acordar la medida cautelar pedida, lo que de por sí implica que el juez está supliendo la carga probatoria del actor en ese incidente cautelar. Pero en segundo término, y lo que es más grave, el juez está pidiendo a la parte demandante *los instrumentos fundamentales de la demanda*, esto es, de los que deriva inmediatamente el derecho reclamado.

Téngase en cuenta que se trata de una demanda de resolución contractual en la que la parte actora alega como *causa petendi* el incumplimiento de las cláusulas de un comodato por parte de la demandada; incumplimiento que se configuraría porque esta última, beneficiaria de ese préstamo de uso, a su vez habría celebrado diversos contratos con terceros sobre el inmueble en cuestión (comodatos, arrendamientos y concesiones). Así las cosas, cabe concluir que los instrumentos fundamentales de la demanda no son otros que los pedidos por el juez al actor en la incidencia cautelar⁵³, y que por tanto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33.6 de la LOJCA, debían haber sido presentados por este *al momento de la presentación de la demanda*. En caso contrario, la demanda debía resultar inadmitida de acuerdo con lo establecido en el artículo 35.4 *eiusdem*, a reserva del empleo de las potestades judiciales reguladas en el artículo 36 del referido texto legal y que configuran una suerte de Despacho saneador⁵⁴.

⁵³ Consideramos que no parecen haber dudas respecto a que en una demanda de resolución de contrato de comodato, al menos el documento que acredita la titularidad del inmueble objeto de esa convención es un documento fundamental de la demanda (Cfr. Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 42-43).

⁵⁴ **Artículo 33 Requisitos de la demanda.** El escrito de la demanda deberá expresar: 6. Los instrumentos de los cuales se derive el derecho reclamado, los que deberán producirse con el escrito de la demanda. **Artículo 35 Inadmisibilidad de la demanda.** La demanda se declara inadmisibile en los supuestos siguientes: 4. No acompañar los documentos indispensables para verificar su admisibilidad. Comentando la norma se señala: <<En los procesos de demandas de contenido patrimonial, se formula una pretensión de condena, que debe ir acompañada del instrumento contractual (...) si se trata de una reclamación cuyo título regula una relación jurídica bilateral>> (Hernández-Mendible, Víctor Rafael: *Las condiciones de admisibilidad de las demandas y el contenido*

En conclusión, se trata del uso de una iniciativa probatoria para suplir una carga de la parte demandante, por supuesto un ente público (en este caso la República), carga cuyo incumplimiento no solo es que debió haber determinado la desestimación de la solicitud de medida cautelar, sino antes, incluso quizá la propia declaración de inadmisibilidad de la demanda o pretensión principal.

Continuemos revisando otras formas mediante las cuales la Justicia Administrativa venezolana emplea sus potestades oficiosas en materia de pruebas para favorecer al Poder Público.

3. *La creación ex officio de contrapruebas frente a medios probatorios desfavorables a la Administración Pública*

Lo expuesto en el título de este sub-epígrafe se verificó en el auto para mejor proveer número 88 del 12/06/13. En ese proceso, parte del objeto de la controversia se refirió a la demostración de la existencia de una situación jurídica de suspensión de la relación laboral (*rectius*: funcionarial o de empleo público) acaecida a la demandante cuando fue objeto de la sanción de destitución de su condición de juez. Esa situación administrativa constituye el supuesto fáctico de los argumentos destinados a cuestionar entonces la legalidad de la sanción impuesta, habida cuenta de que, según afirmó la actora, en el procedimiento administrativo que originó el acto cuestión no se tomó en cuenta ni esa suspensión (permiso) ni tampoco la situación de salud en que se encontraba la sancionada.

Pues bien, sin entrar a revisar la hipotética procedencia de la pretensión planteada en esos términos, lo cierto es que para demostrar la concurrencia de los supuestos de hecho que habrían dado lugar a tal situación administrativa, la parte actora había consignado en autos las certificaciones médicas que a su decir demostraban su incapacidad física temporal para desempeñar sus funciones, emanadas de la institución pública oficial con competencia general para emitir tales actos, a saber, el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL).

Ante ello, en la oportunidad de dictar decisión de fondo, la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa, señalando actuar en aras de garantizar la tutela judicial efectiva, acuerda en su lugar la práctica de varias diligencias probatorias. Entre otras, solicita información al máximo jerarca de la referida institución pública de salud, a fin de que informe si el médico que aparece como firmante de la referida certificación se encontraba facultado para realizar tal actuación o <<...de qué título derivó el ejercicio de esa competencia>>. Pero no solamente el juez decide averiguar *motu proprio* si el funcionario en cuestión tenía la competencia en razón del tiempo para realizar lo que hizo, si no que ordena además que la institución envíe el Manual descriptivo de cargos vigente para la fecha en que se emitió el acto y que refleje las funciones inherentes al cargo desempeñado por el funcionario en cuestión.

Luce evidente que la actuación del juez es la que en todo caso hubiera correspondido a la contraparte de la parte demandante, en cuanto a cuestionar la prueba que aparentemente le desfavorece argumentando que la misma carecería, si no de veracidad, al menos sí de validez

del auto de admisión en el proceso administrativo. En: Brewer-Carías, A.R. y V.R. Hernández-Mendible (Dirs.): El contencioso administrativo y los procesos constitucionales. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 287). Cabe señalar que en materia procesal civil, la regla general es también que si los documentos fundamentales no se presentan con la demanda, no se admitirán después (*Cfr.* Rengel-Romberg, *op. cit.*, pp. 44-45).

jurídica, en este caso, mediante la producción de una suerte de contraprueba⁵⁵. Contraprueba que vendría dada por la demostración de la incompetencia del funcionario para dictar el acto en cuestión, es decir, la certificación de incapacidad física temporal.

El asunto es que tal contraprueba no provino de las partes durante el debate procedimental originario, ni siquiera del posterior judicial. Viene del juez actuando ya en fase de dictar el fallo de mérito, lo que implica que con ella, lejos de garantizarse la tutela judicial efectiva, se está dejando en estado de indefensión a la parte actora que tenía la expectativa de que sus pruebas fueran valoradas tal cual habían sido aportadas sin aparente contradicción hasta ese momento. Contraprueba que además, no se pretende incorporar a los autos como consecuencia de algún cuestionamiento formulado por la parte demandada en el proceso respecto a la validez o eficacia jurídica de la fuente o del medio probatorio aportado por su contraparte.

Se trata por el contrario de una iniciativa probatoria oficiosa, y como ya se señaló, no se desprende del contenido del auto en cuestión que ese asunto hubiera sido objeto de controversia en el debate procesal. De tal suerte que el juez, *por su iniciativa propia*, decidió poner en cuestionamiento una prueba que, al menos en apariencia y a reserva de un análisis y valoración detallados en el fallo de mérito, no mostraba signos que dieran lugar a dudas o reservas en cuanto a su validez formal, máxime tratándose de actos emanados de un funcionario público. Y ese cuestionamiento además, lo lleva no solo a poner en duda el acto en sí en cuanto a su validez derivada de una eventual incompetencia temporal del funcionario. Es que además, la Sala Político-Administrativa parece desconfiar también de la información que pueda aportarle el máximo jerarca del ente público en cuestión, por lo que le solicita que le envíe el instrumento que respalde lo que le vaya a responder.

Podrían agregarse algunas consideraciones vinculadas con la adecuación o no de tal proceder judicial con varios principios de la actividad administrativa plasmados en el ordenamiento jurídico venezolano (buena fe, honestidad, transparencia, lealtad institucional, entre otros) así como también a los del proceso judicial. Pero nos limitaremos a señalar que en este caso, además, la máxima instancia de la Justicia Administrativa se esfuerza denodadamente en enervar una prueba aportada justamente en una pretensión de nulidad de un acto dictado por el Poder Judicial, específicamente, por el propio Tribunal Supremo de Justicia. Quizá ello ayude a explicar –que no a justificar– la clara asunción de una conducta procesal propia de una parte y no de un juez⁵⁶, en detrimento de una la contraparte.

En resumen, varias de las iniciativas probatorias concretas adoptadas por la máxima instancia de la Justicia Administrativa venezolana son tan amplias y desproporcionadas en su intento de favorecer a la Administración Pública parte en el proceso judicial de que se trate, que incluso terminan alterando –en una suerte de modificación sobrevenida– las reglas de la carga de la prueba en el procedimiento administrativo que dio lugar a las actuaciones posteriormente sometidas a control judicial. La afectación no solo de los Derechos Constitucionales Procesales de las desaventajadas contrapartes de los entes públicos, sino incluso del principio de seguridad jurídica, están a la vista.

⁵⁵ Sobre el concepto de contraprueba, se señala que es aquella que tiende a inducir en el ánimo del juez la duda sobre la veracidad de los hechos alegados y probados por la contraparte, es decir, demostrar la imposibilidad de la prueba practicada por la contraparte (Cortes Domínguez, Gimeno Sendra y Moreno Catena, *Derecho Procesal Civil...*, p. 159)

⁵⁶ Valga aquí recordar la siguiente advertencia doctrinaria: <<Podemos reconocer aquí el riesgo de una posible actuación parcial del juez, que se concretaría si éste practicase sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes>> (Linares Martínez, *op. cit.*, p. 1387).

Culminemos esta reseña con otras prácticas usuales en la tramitación de pretensiones por parte de la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana.

4. *La sustitución del deber de decidir con arreglo a lo alegado y probado en autos por la práctica de pedir opinión o preguntar a la Administración Pública como parte procesal*

Cerramos esta revisión con otra modalidad del indebido uso de iniciativas probatorias por parte de la máxima instancia de la Justicia Administrativa venezolana, en las que incluso en ciertos supuestos se terminan alterando las reglas de la carga de la prueba en los procedimientos administrativos que originaron los actos o actuaciones sometidos a revisión. Se trata de varios tipos de causas judiciales en las que el juez, en lugar de decidir un asunto con arreglo a lo alegado y probado en autos, decide pedir una opinión, o sencillamente, pregunta a la Administración Pública sobre determinada situación jurídica (no meramente fáctica) relevante para el caso controvertido.

El primero de esos casos y que parece ser bastante común, se produce en aquellas hipótesis en las que el juez debe emitir un pronunciamiento respecto a si tiene o no potestad jurisdiccional para decidir un asunto, o contrariamente, si este último debe ser conocido por la Administración Pública. Tales situaciones se dan, por ejemplo, en aquellos supuestos en que se produce la terminación de una relación de trabajo amparada por normas de estabilidad absoluta o inamovilidad laboral, que desde hace un tiempo han pasado de ser regímenes especiales del Derecho Individual o Colectivo del Trabajo según las circunstancias, para convertirse en la práctica en la regla en el mercado de trabajo venezolano, con los perniciosos efectos prácticos bien conocidos.

Consecuencia de esa anómala situación jurídica es que lo que debería ser la regla, a saber, la terminación de la relación de trabajo por voluntad de una de las partes con las consecuencias legales correspondientes cede antes las limitaciones imperativas que obstaculizan o impiden esa finalización de manera prácticamente indiscriminada. Y una de las medidas que tienden a garantizar la aplicación de ese régimen es la existencia de órganos administrativos con competencia para calificar si esas relaciones de trabajo se encuentran o no sometidas al régimen en teoría excepcional pero común en la actualidad, y de verificarse por ellos tal sometimiento, ordenar la reincorporación obligatoria del trabajador⁵⁷.

Visto ello, es común entonces que se planteen controversias respecto a si el cuestionamiento de la finalización unilateral de la relación laboral corresponde ser conocido por los jueces del trabajo o bien por esos órganos administrativos, y en tales hipótesis, el competente para pronunciarse sobre si el Poder Judicial tiene o no jurisdicción es la Sala Político-

⁵⁷ Respecto a ese asunto, véanse entre otros: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: *El control judicial de la actividad administrativa de contenido laboral*. 4ª edición actualizada. Cuadernos de Derecho Público N° 1. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2013, así como la bibliografía allí citada; Canónico Sarabia, Alejandro: *El control jurisdiccional sobre la actividad e inactividad de la Administración del Trabajo y la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. En: Hernández-Mendible, V.R. (Dir.): *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Colección Estudios Jurídicos N° 96. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 485-516. Más recientemente: Aponte A., Jonás E.: "Autotutela Administrativa vs. Intervención Judicial. Reflexiones a la luz de las Providencias Administrativas de las Inspectorías del Trabajo". *Revista Derecho y Sociedad* Núm. 15. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Caracas, 2019, pp. 125-139. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/15/deryso_2019_15_125-139.pdf.

Administrativa del máximo Tribunal⁵⁸. Pronunciamiento que vendrá determinado, en la gran mayoría de los casos, por establecer previamente si el vínculo que tenía la parte demandante con su empleador, en el supuesto de que este haya sido la Administración Pública, era de índole laboral o funcionarial. Ello, toda vez que si se trata de una relación funcionarial o estatutaria (empleo público), no será aplicable el régimen antes referido ni la Administración Laboral tendrá competencias para dictar un pronunciamiento previo en sede administrativa.

Pues bien, parece haberse impuesto como tendencia más o menos reciente, que en controversias de esa índole en las que el demandado es un ente público, el órgano judicial, antes de emitir un pronunciamiento, además de solicitar información a la parte accionada, pide un informe a la Administración Pública *preguntando justamente lo que ella debe decidir*, esto es, si la relación jurídica existente entre las partes era de índole laboral o funcionarial. Lo que implica entonces pedir la opinión de una de las partes justamente respecto a lo que es el *thema decidendum*; con lo que incluso, en realidad no se está ejerciendo ninguna iniciativa probatoria respecto a verificar algún hecho o afirmación fáctica.

Así, puede mencionarse el auto para mejor proveer número 103 del 1/10/12, cuyo texto dispone:

<<Cabe destacar que la solicitud de autos fue ejercida contra el Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario, y no se evidencia del expediente si la mencionada trabajadora era funcionaria pública, lo que conllevaría a que se encuentre dentro del supuesto contemplado en el último aparte del artículo 6° del Decreto N° 8.732 del 24 de diciembre de 2011 (...), que excluye de la aplicación del Decreto de inamovilidad laboral a los funcionarios públicos.

Por lo tanto esta Sala, para resolver el tema referido a la jurisdicción, en aras de la tutela judicial efectiva (...) acuerda oficiar al **MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA EL SERVICIO PENITENCIARIO** para que *informe si la relación jurídica que mantenía la ciudadana (...) con ese organismo Ministerial era regulada por normas de la legislación laboral o de naturaleza estatutaria (...)*>> (cursivas añadidas).

Como ejemplos adicionales de tan censurable práctica, baste con citar los siguientes autos para mejor proveer: 23 del 07/03/12, 62 del 24/05/12, 99 del 25/07/12, 110 del 14/08/12, 147 del 04/12/12, 50 del 02/04/13, 67 del 24/04/13, 69 del 08/05/13, 99 del 19/06/13, 107, 153 del 06/11/13, 34 del 12/03/14, 109 del 02/10/14 y 149 del 03/12/14⁵⁹.

Cabe señalar que además, la Sala Político-Administrativa ya ha decidido casos *ateniéndose en su motivación únicamente a la información aportada por la Administración Pública*, como se evidencia por ejemplo de las decisiones 1.225 del 06/11/13 y 1.475 del 17/12/13.

Pero no solo en asuntos fronterizos con el Derecho Laboral y con los procedimientos administrativos vinculados con él, en lo que respecta a la determinación de la potestad jurisdiccional para conocerlos y resolverlos, la Justicia Administrativa venezolana no duda en <<preguntar>> a la Administración Pública demandada sobre con el objeto de la controversia.

⁵⁸ Artículos 6, 59 y 63 del Código de Procedimiento Civil, 26.20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 23.20 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

⁵⁹ En otra ocasión, el juez ha ido más allá preguntado directamente a la parte demandada, una Administración Pública, respecto a la duración de una relación laboral a los fines de determinar <<...si el solicitante al momento del presunto despido se encontraba amparado por la inamovilidad laboral...>> (auto para mejor proveer número 23 del 06/02/14). O bien, ha solicitado al empleador público que informe la fecha de inicio y terminación de la relación laboral que tuvo con la parte actora (auto para mejor proveer número 28 del 20 de febrero de 2014).

Así por ejemplo, en una pretensión de condena pecuniaria derivada de una relación laboral, el Juez Administrativo solicitó varias veces a la Administración Pública demandada le enviara los documentos que acreditaran los pagos por una serie de conceptos reclamados por la parte actora (auto para mejor proveer número 5 del 02/02/12). En otros casos, le ha preguntado a la Administración Pública si pagó o no, así como las razones por las cuales no habría pagado una serie de deudas reclamadas por un particular también en una pretensión de condena pecuniaria derivada de un vínculo de naturaleza laboral (auto para mejor proveer número 109 del 10/07/13). En tales supuestos, el intento en ese último caso de suplir la carga de la Administración Pública demandada no solo probatoria, sino incluso en cuanto a alegación, es evidente.

Asimismo, ha preguntado la autoridad judicial al demandado en etapa de decisión, en una pretensión de condena frente a la inactividad administrativa, derivada en el caso de la falta de ejecución de una serie de Decretos de expropiación, si los órganos administrativos competentes habían actuado o no, aun cuando en el proceso había sido solicitado además el expediente administrativo de tales procedimientos (sentencia 803 del 04/06/14). A pesar, por supuesto, de que el proceso judicial previo había tenido fases de alegaciones y pruebas. Similar proceder se evidencia en el auto para mejor proveer número 149 del 03/12/14. En esos últimos casos de pretensiones de condena frente a la inactividad administrativa, preguntar a la Administración Pública demandada si actuó o no o en sede administrativa y por qué no lo hizo, implica prácticamente pedir su opinión respecto a la orientación que habrá de tener la sentencia de mérito. Y además, tratar de mostrar una justificación sobrevenida a la previa falta de actividad en los correspondientes procedimientos administrativos.

Cerramos este sub-epígrafe con un caso curioso, en el cual la Sala Político-Administrativa decidió crear una nueva prerrogativa procesal a favor de los entes públicos, al interrogar a una Administración Pública si tenía interés en proseguir en la ejecución de una medida cautelar de embargo de bienes muebles propiedad de un particular. Vale la pena transcribir lo que opina el juez respecto a la conducta procesal del ente público demandante y quien había solicitado y obtenido que se acordara la tutela preventiva:

<<...la negligencia evidente en este proceso, pues la medida de embargo se acordó el 21 de mayo 2008 y la ejecución de dicha medida depende de la actividad procesal de quien la solicita, advirtiéndole que las cautelares se caracterizan siempre por la urgencia (a la cual no ha atendido el Instituto solicitante)...>>

Como puede verse, la medida cautelar había sido decretada *casi seis años antes*, pues el auto para mejor proveer número 34 es del 12/03/14. Pero a pesar de que el órgano judicial concluye que la misma no había sido llevada a cabo por la negligencia del ente público, decide preguntarle si le interesa o no el asunto, en lugar de aplicar las consecuencias jurídico-procesales del caso. Consideramos que huelgan mayores comentarios al respecto.

REFLEXIÓN FINAL

Un respetable sector de la doctrina nacional⁶⁰, ante los abusos y desviaciones en que ha incurrido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia desde su nacimiento, ha

⁶⁰ Así por ejemplo: Hernández G., José Ignacio: “¿Se justifica el control concentrado de constitucionalidad en Venezuela? Algunas notas sobre los límites y riesgos derivados de la Justicia Constitucional”. En: *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal & IV de Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Carlos Ayala Corao*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo-Universidad Monteávila-ACIENPOL. Caracas, 2017, pp. 521-542. Del mismo autor: “¿Se justifica preservar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia? Apuntes para una reforma de

planteado como posible vía solución en el futuro la supresión de esta, o al menos la eliminación de varias de sus competencias constitucionalmente asignadas, en una futura modificación de la Carta Magna. *Mutatis mutandis*, podría pensarse entonces en algo similar en el caso de la máxima instancia de la Justicia Administrativa.

No nos inclinamos por tales vías. En primer lugar, porque se trataría en última instancia de un cambio más nominal que real, toda vez que hay cometidos que en cualquier Estado Constitucional de Derecho deben ser ejercidos siempre de una forma u otra, y en nuestra tradición constitucional, han de serlo por las máximas instancias judiciales. Y es que es bien sabido que el control jurisdiccional del Poder Público es una *conditio sine qua non* para la configuración, existencia y funcionamiento de nuestros sistemas políticos y jurídicos, si aspiran a desarrollarse en democracia.

Así pues, podrá llamarse Sala, Corte o Tribunal Constitucional, pero su posición y funciones constitucionales serán similares en el fondo, prescindiendo de aspectos técnicos y organizativos de detalle que, sin dejar de tener interés, no son determinantes. Lo mismo puede predicarse de la Justicia Administrativa, que habrá de existir con su nombre y regulación actual, o bien con otros similares.

De allí que, sin negar la conveniencia al ejercicio de reflexionar con visión prospectiva sobre la posición de la Sala Constitucional, así como respecto a la regulación de sus potestades en la Carta Magna, consideramos que *no hubiera tenido mayor diferencia en la trayectoria práctica de ese órgano el haber ostentado constitucionalmente unas competencias de más o de menos*. Ello, toda vez que el desviado ejercicio de sus funciones nunca se basó realmente en una frase mal colocada (habrá sido una excusa complementaria en todo caso), o en una deficiencia de técnica normativa por parte del Constituyente, o bien en una incongruencia del sistema de control de la constitucionalidad⁶¹; *si no en la defensa a ultranza de un proyecto político radicalmente contrario a los valores de la propia Constitución*. La auto-atribución de funciones y vías procesales que ese Juzgado ha seguido como práctica desde su creación creemos que así lo confirma. Y a partir del 2016, el marco normativo dejó ya de tener toda importancia, incluso en lo formal.

El problema esencial reside, a nuestro entender, más en las personas que conforman las instituciones públicas, y no tanto en la forma y los poderes jurídicos explícitos de estas últimas. Veintiséis constituciones (la mayoría nominales) frente a un muy precario desempeño de las instituciones en ellas creadas, suprimidas y modificadas, en nuestra historia constitucional de dos siglos ya, parecen apuntalar esa conclusión⁶².

Por supuesto que los temas de diseño constitucional y legal son importantes, pero con limitarse a abordarlos no se resolverá mucho si se mantienen las deficientes prácticas culturales y sociales centradas en la selección de los altos cargos de la judicatura considerando la

la Justicia Constitucional". *Revista de la Facultad de Derecho* Núm. 71. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2016-2017, pp. 119-150. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/71/UCAB_2016-2017_71_119-150.pdf.

⁶¹ De hecho, si se compara con la forma en que se redactaron, discutieron y aprobaron muchas disposiciones constitucionales, el tema de la Jurisdicción Constitucional (regulada en el Título VIII, Capítulo I), brilla por sus méritos. De allí que, sin negar las críticas que pueda merecer, esa regulación luce mucho más satisfactoria, incluso en lo formal, que buena parte del restante texto de la Carta Magna.

⁶² Véase: Brewer-Carías, Allan R.: *Historia Constitucional de Venezuela*. Editorial Alfa. Caracas, 2008.

afinidad política o ideológica, o incluso contubernios más cuestionables, antes que los méritos académicos, la formación profesional y el desempeño ético. Esas malas prácticas, agravadas y generalizadas en las dos últimas décadas hasta un paroxismo que hoy alcanza lo grotesco, producto de la progresiva implantación del autoritarismo, es lo que ha producido la inexistencia fáctica de los mecanismos jurídicos formales de control del Poder Público en Venezuela, tanto los administrativos⁶³ como los jurisdiccionales.

En el caso de la Judicatura, institución de especial transcendencia y a la vez de fragilidad frente a ese tipo de maniobras, dado lo delicado de su propósito constitucional, el resultado no podía ser otro que el terminar convirtiendo a la Justicia Administrativa en la defensora más acérrima de la Administración Pública, renegando de su razón de ser⁶⁴.

Se está en presencia, a no dudarlo, de un asunto cuya envergadura trasciende los mecanismos formales y se hunde en las raíces de la génesis, evolución y desempeño de nuestras sociedades iberoamericanas, y que por ende no se resolverá, ni por cambios en el régimen constitucional, ni de forma rápida y sencilla⁶⁵.

Se tratará más bien de ir evolucionando en lo posible hacia la consolidación de formas de pensar y actuar más cónsonas con el modelo de una sociedad moderna y democrática (y por tanto abierta y plural). Hacia generalizar pues, un modo de vida que considere que el prestigio, el respeto y la influencia, y por tanto las credenciales para el desempeño de las altas dignidades públicas, deben venir de la trayectoria y los méritos, antes que del aprovechamiento ilegítimo de los vínculos políticos, económicos, familiares o personales, entre otros⁶⁶.

⁶³ Cfr. nuestro trabajo: *La inconstitucional designación de los titulares de los órganos de control de la Administración Pública venezolana y algunas de sus consecuencias*. En: Rodríguez Arana, J., Delpiazzo, C., Da Silva Filho, J.A., Valim, R. y Rodríguez, M. (Coords.): *Control administrativo de la actividad de la Administración*. Volumen II. XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. São Paulo, Brasil, 2019, pp. 383-415, así como la bibliografía allí citada.

⁶⁴ Véase por ejemplo, nuestro trabajo: “La Justicia Administrativa venezolana actuando como defensora política de la Administración Pública: El estadio final en la negación de su función constitucional”. *Revista Tachirense de Derecho* 5/2019 edición digital y 30/2019 edición ordinaria. Número extraordinario *in memoriam* Dr. Jesús González Pérez. Universidad Católica del Táchira. Venezuela, 2019, pp. 33-58, así como la bibliografía allí citada.

⁶⁵ Para cuando se escriben estas líneas, el “Contralor General de la República” ha dado declaraciones públicas en las que señala haber instruido a todos los órganos del sistema nacional de control fiscal para que realicen inspecciones a empresas y comercios que venden alimentos con el fin de combatir la especulación e imponer las sanciones a que haya lugar. Basta una lectura rápida a las normas constitucionales que regulan al sistema nacional de control fiscal –el nombre de este sistema de por sí elocuente– para evidenciar que tales prácticas nada tienen que ver con el cometido constitucional de este. No es pues un problema del marco normativo, palmariamente claro en este asunto, no desde 1999, sino desde 1938 con rango legal y desde 1947 con rango constitucional.

⁶⁶ Puesto que en nuestras sociedades no tendemos a relacionar poder y respetabilidad con puntualidad y productividad, como señala en su obra ya clásica: Rangel, Carlos: *Del Buen Salvaje al Buen Revolucionario*. Monte Ávila Editores. Caracas, 1976, p. 261. Se trata de un tema que excede con mucho a lo aquí abordado. En todo caso, pueden verse en este punto las reflexiones del autor sobre todo en los sub-epígrafes: *El morbo de la esclavitud* y *El desprecio por el trabajo* (*Ibidem*, pp. 259-264).

Ardua tarea esta, en la que al Derecho solo le corresponderá un lugar instrumental y modesto, pero que debe comenzar cuanto antes, iniciando en el mismo momento en que se recupere la posibilidad de vivir en un Estado de Derecho, por el respeto a las normas vigentes en la selección de los integrantes del Poder Judicial⁶⁷. Y muy especialmente, de los Magistrados del máximo Tribunal⁶⁸, con el fin de contar con administradores de Justicia que no se pretende sean arcángeles ni que no tengan posiciones ideológicas, pero sí que decidan con razonable sujeción al Derecho antes que a los intereses de una facción.

⁶⁷ Sobre el punto, véanse para el caso venezolano recientemente por ejemplo: Araujo-Juárez, José: “Estado de justicia e independencia judicial. “Homenaje a los 80 del Maestro A.R. Brewer-Carías”. *Revista de Derecho Público* N° 157-158. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019, pp. 10-44.

⁶⁸ Véanse por ejemplo, los trabajos e informes de ACCESO A LA JUSTICIA en su portal electrónico: *Informe sobre el perfil de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia*. Disponible en: <https://www.accesoaljusticia.org/informe-sobre-el-perfil-de-los-magistrados-del-tribunal-supremo-de-justicia/>; *El 50% de los magistrados del TSJ no cumple los requisitos*. Disponible en: <https://www.accesoaljusticia.org/el-50-de-los-magistrados-del-tsj-no-cumple-los-requisitos/>

LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES ASEGURAN LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cecilia Sosa Gómez *

Abogado

¿Todos los poderes del estado vienen del pueblo, pero a donde van?

Bertold Brech

Resumen: *El tema fundamental de este ensayo es destacar la relación entre principios y valores constitucionales y los derechos humanos; poniendo de relieve las diferencias entre ellos y como aplican a la violación de los derechos humanos. El peso normativo de los principios y valores pueden y deben acompañar el razonamiento de las violaciones a los derechos humanos de los que resulten aplicables a un caso específico, así como a la ausencia de garantía de los derechos humanos. Por tanto, los principios y valores apoyan y resaltan la argumentación y fundamento de la violación de un derecho humano.*

Palabras Clave: *Principios constitucionales, valores constitucionales, derechos humanos, vigencia de la Constitución, ciudadano, garantías constitucionales.*

Abstract: *The fundamental purpose of this essay is to highlight the relationship between constitutional principles and values and human rights; highlighting the differences between them and how they apply to the violation of human rights. The normative weight of the principles and values can and should accompany the reasoning of the violations of human rights that are applicable to a specific case, as well as the absence of guarantee of human rights. Therefore, the principles and values support and highlight the argumentation and foundation of the violation of a human right.*

Key words: *Constitutional principles, constitutional values, human rights, validity of the Constitution, citizen, constitutional guarantee, Constitution: supreme norm.*

NOTA PREVIA

Todas las Constituciones contienen principios y valores, unas a texto expreso otras de forma implícita. En nuestro caso la extensa lista de principios y valores incorporados al cuer-

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

po normativo, nos llevan a reconocer que constituyen un aporte absolutamente nuevo en la historia constitucional de Venezuela. En realidad, se presentan con la apariencia de una larga lista de deseos que pretenden dar forma a una sociedad homogénea, respondiendo a una preocupación ideológica por la identidad democrática y con ello impregnan todo el texto, dando como un hecho que conforman nuestra identidad como pueblo.

Esta es la forma que encontró el constituyente para que cada ciudadano se sintiera ligado a la Constitución, al establecer que su vida sería protegida, tendría libertad, acceso a la educación, trabajo digno, y los principios a través de los valores rigen las relaciones humanas conformando la autenticidad como pueblo y exigiendo el respeto por parte de los órganos del Poder Público para lograr su garantía.

I. EL VALOR Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

La Constitución venezolana de 1999 es una Constitución de detalle, si acogemos la clasificación de Dworkin,¹ en el sentido que llega a ciertos pormenores tanto en el ámbito de los derechos que consagra como las responsabilidades que le establece al Estado; es decir todos los órganos públicos están en el deber de garantizar y satisfacer tales compromisos constitucionales.

No por azar la Constitución venezolana, por ejemplo, consagra el principio de gobierno como pluralista (artículo 6) y como la democracia necesita un ciudadano/político que haga uso efectivo de sus derechos, el derecho al voto presupone libertades esenciales o fundamentales como la de conciencia, de opinión, de reunión, de petición y asociación, por que de otro modo el titular no podría decidir en forma libre, informada con conciencia de cómo ejercitar su elección política.

Así a través del ejercicio individual de estos derechos fundamentales se ejecuta un proceso de libertad que constituye un elemento esencial de la democracia activa y participativa.

Por otra parte el límite constitucional al ejercicio del poder mayoritario queda frenado al impedir la Constitución que se restrinja el ejercicio de los derechos políticos, cuando condiciona al poder político a la realización de políticas públicas que aseguren y promuevan los valores ínsitos de la democracia: el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura. Así todo derecho de la persona condiciona el sistema político democrático.

II. LOS PRINCIPIOS Y VALORES EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

Separar principios y valores constitucionales resulta complejo, por cuanto algunos principios se les califica también de valores y algunos valores se incorporan a principios; la razón de esta doble referencia se debe a distintas dimensiones que puede tener cada uno de ellos en el contexto donde se ubican. El mejor ejemplo de esta realidad es el valor del pluralismo que forma parte de los valores superiores y al mismo tiempo es un principio de gobierno. Sólo para tener una visión de conjunto, tenemos 40 principios y 21 valores expresos, sin considerar aquellos que acompañan un derecho calificando su ejercicio.²

¹ Ronald Dworkin, *Life s Dominion*. NY. Alfred A. Knopf 1993. p. 119

² Por ejemplo, el artículo 75 constitucional establece como derecho de las familias y las relaciones familiares el respeto recíproco entre sus integrantes y la comprensión mutua; allí se constata cómo se consagran dos valores fundamentales.

Los valores y principios que consagra la Constitución se inscriben en los fines del Estado venezolano (artículo 3) entre los cuales figura el respeto a la dignidad de la persona³. Se ordenan por temas de la siguiente forma:

Valores fundacionales: Preámbulo

libertad, independencia, paz, solidaridad, bien común, integridad territorial, convivencia e imperio de la ley

Valores Republicanos: art. 1

libertad, igualdad, justicia, y paz internacional.

Valores Superiores: art. 2

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

Principios de Gobierno: art. 6

Democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista, de mandatos revocables.

Principios de los Derechos Humanos: art. 19

Progresividad, no discriminación, irrenunciabilidad, indivisibilidad, e interdependientes.

Principios de la Administración Pública: art. 141

Honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Principios de Justicia: art. 29

Gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Principios Socioeconómicos: art. 299

Justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad, solidaridad.⁴

III. LA UTILIDAD DE LOS VALORES Y PRINCIPIOS

Los valores son considerados normas abstractas y de tipo abierto que orientan la producción e interpretación de las demás normas, fijando criterios de contenido para otras normas. En esa línea, sólo serán aceptados en un Estado Constitucional, los valores tendientes a otorgar la máxima libertad posible a sus ciudadanos dentro de un marco democrático y sometido a reglas preestablecidas en un ordenamiento jurídico de carácter legítimo.

Por otra parte, los valores no sólo rigen en el ámbito constitucional, sino que también inspiran e informan todo el ordenamiento jurídico. Contribuyendo de manera decisiva a la función de legitimidad que la Constitución desempeña en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

³ *La democracia Posible. Principios para un Nuevo debate político.* Paidós. Estado y Sociedad. 2008. p. 26 y ss.

⁴ Pipes, Richard. *Propiedad y Libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la Historia.* Turner. Fondo de Cultura Económica. Colección Noema. 1999. p. 360 y 361.

La legitimidad aquí es entendida como aquella calidad de un poder, por cuya virtud las decisiones que de él emanan son acatadas y obedecidas como obligatorias, por existir en los destinatarios de las normas, el convencimiento de tal obligatoriedad.

De otro lado, desempeñan un papel de fortalecimiento de la norma constitucional en el proceso de creación y aplicación del Derecho, porque reducen el ámbito de discrecionalidad de los poderes públicos y los conducen por líneas superiores trazadas por el constituyente. Son definitivos a la hora de resolver un problema de interpretación en el cuál está en juego el sentido del Derecho, en particular, el de la Constitución.

Por su parte los principios se agrupan también bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios se establecerán como normas, porque ambos establecen lo que es debido; al igual que las reglas son razones para llevar a cabo juicios concretos del deber ser, aún cuando sean razones de un tipo muy diferente. Por tanto es la distinción entre dos tipos de normas.

El grado de generalidad de la norma que contiene principios son mucho mayor que el de la norma que contiene una regla, que es relativamente baja su generalidad. Por ejemplo cuando se establece que todos gozan de libertad religiosa, ella es una norma con un nivel relativamente alto de generalidad, lo que de acuerdo a lo señalado podría eventualmente ser calificada igualmente como principio. En otros términos como los criterios solo permiten diferencias de grado, podría afirmarse que la división de normas en dos clases carece de utilidad debido a la pluralidad existente, aun cuando hay corrientes de pensamiento que el grado de generalidad es la nota distintiva.

Los principios son siempre razones *prima facie* mientras que las reglas son siempre razones definitivas (salvo que haya establecido una sanción). Hay razones para la acción y razones para las normas. Las normas pueden ser universales, es decir generales y abstractas o individuales es decir juicios del deber ser jurídicos y concretos. Reglas y principios están sujetos el uno al otro.

Los principios son normas y al mismo tiempo son el fundamento o la razón subyacente de las reglas. Así cuando se discute la validez constitucional de las reglas, la ley está subordinada a los principios que la juzgan desde un estadio mas elevado.

Por ello la superioridad normativa de la Constitución determina la subordinación de la ley a los principios:

- El derecho ordinario debe verse impregnado de los principios constitucionales.
- La necesidad de reflejar (desplazar) los métodos tradicionales de interpretación, los que resultan insuficientes para interpretar la Constitución.

1. *Planteamiento de base*

Los derechos como persona y como ciudadano exigen siempre la realización de la dignidad humana, la libertad y la igualdad. Todos son derechos de vigencia inmediata, vinculan y someten a la ley a todo Poder Público para garantizarlos y preservarlos por un tribunal que habrá de controlar ampliamente su cumplimiento.

Al estar el catálogo de derechos escrito, surge la interpretación de formulaciones derecho positivo que se haga, por quienes están revestidos de autoridad para hacerlo. Esta situación es aún mas compleja cuando adquieren un nuevo carácter, ya no solo por la positivación de derechos de vigencia inmediata, sin que por ello pierdan ni disminuyan su agudeza ni profundidad.

Aquí empieza la discusión, de si el artículo constitucional que consagra un derecho tiene disposiciones lapidarias y cómo quedan las disposiciones de principios que carecen de la misma univocidad de contenido. Ahora bien, una disposición que consagra un derecho por mas abierta que sea su textura, no provoca mayores discusiones si existe un amplio consenso sobre la materia a la que ella se refiere. Aquí cobra especial relevancia la referencia obligada a los principios constitucionales y a los valores que los conducen que confluyen en el principio del Estado Social y de allí la expresión de lucha por la ley fundamental.

De manera que la discusión sobre el texto de la Constitución no puede apoyarse solamente en el texto que regula el derecho fundamental sino en los principios y valores que lo informan y que de acuerdo a la Constitución tienen igual valor normativo.

La teoría jurídica que sostiene que los derechos fundamentales están montados en los principios y valores constitucionales que desde la Constitución de 1999 tienen una consagración expresa, hace que formen parte de la dogmática de los derechos fundamentales. Su base la constituyen la teoría de los principios. Sin una teoría de los principios no existe dogmática de los derechos fundamentales.

2. *La norma consagra Principios y Valores*

La norma constitucional es un mandato. Si ampliamos hacia una concepción mas precisa, podemos decir que la norma se concreta en un acto mediante el cual se ordena, prohíbe o permite; especialmente se autoriza una conducta o una expectativa de conducta o una expectativa de comportamiento, la cual se realiza o no se realiza, dependiendo de si se está en el supuesto de hecho de la norma.

Además, la norma constitucional reviste tres cualidades particulares: a) la norma constitucional prima sobre cualesquiera otras y en caso de contradicción entre una norma constitucional y una norma ordinaria, debe aplicarse la primera precisamente por su carácter de suprema. b) El creador de la norma constitucional es el poder constituyente o el poder revisor de la Constitución, mientras que la norma ordinaria es creada por el poder legislativo. c) El procedimiento para reformar la norma constitucional es más difícil y complicado que aquel que se sigue para modificar la norma ordinaria. Luego, la norma constitucional en democracia⁵, tiene una protección especial para su alteración.

La norma constitucional posee la misma estructura y las mismas características que las otras normas del orden jurídico. Sin embargo, la norma constitucional se diferencia de las otras normas por su contenido ya que aquéllas son las que se refieren a la organización, funciones y límites de los órganos de gobierno y al procedimiento de creación de todas las demás normas del orden jurídico.

3. *Un ejemplo de norma constitucional que es valor y principio*

Un derecho que conlleva una fuerza interna de valores y principios están establecidos en la "Sección Segunda: del Referendo Popular" contiene una innovación en nuestro sistema de libertades políticas, sumándole al clásico reconocimiento de los Derechos Políticos de los ciudadanos, unos mecanismos novedosos en Venezuela de participación política, profundizándose así en la democracia participativa hacia la cual propugnaba desde hace tiempo la sociedad civil venezolana. Estos Derechos nuevos de carácter político constituyen una profundización de la democracia venezolana y viene a completar la orientación novedosa que el constituyente le imprimió a los tradicionales Derechos Políticos antes esbozados.

⁵ Josserand, Louis. *El Espíritu de los Derechos y su Relatividad*. Ediciones Homero 2010. p. 7, 8, 295 y 305.

Así tenemos entre los Derechos a la participación popular del pueblo a los Referendos consultivos nacionales y provinciales en materias de especial interés nacional, estatal, municipal y parroquial (Art.71 CBV), los Referendos revocatorios de todos los cargos y magistraturas de elección popular (Art. 72 CBV), los Referendos aprobatorios de Leyes y Tratados Internacionales (Art. 73 CBV) y los Referendos abrogatorios de Leyes y Decretos-Ley (Art. 74 CBV).

Tales Referendos constituyen una profundización de la democracia participativa y una apertura del poder público hacia los ciudadanos a quienes ahora se les atribuye la facultad de emitir su opinión en asuntos de especial interés político.

CONCLUSIONES

La validez de la norma constitucional no se cuestiona. Los Enunciados de validez normativa: como derecho a la educación y el concepto de derecho humano se vincula con una determinada concepción del Estado.

Por ello regla y principio son norma y permiten fijar ámbitos y límites de los derechos, tratamiento de colisión entre derechos fundamentales, papel de los derechos en el sistema jurídico, elementos básicos de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad así como los derechos de protección, los derechos de organización y procedimientos y los derechos de prestaciones. De la misma manera permite explicar el efecto horizontal de los derechos fundamentales y la división de competencias entre la Asamblea Nacional, los jueces de la República, el Tribunal Supremo de Justicia y en particular de acuerdo a la Constitución la Sala Constitucional.

Esta distinción entre regla y principio permite disponer de los límites a la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Es importante establecer que hay derechos fundamentales que se llaman principios y dar el carácter de principio a normas de derecho fundamental; también se requiere identificar u aplicar valores cuando se trata de disposiciones que establecen fines, o también ubicar reglas que establecen cargas argumentativas. De establecerse fundamentos deductivos los principios incorporan la proporcionalidad de las fundamentaciones deductivas.

El Juez decide sobre lo que está ordenado, prohibido y permitido. Por ello también las reglas pueden ser razones para las reglas y los principios (el deber ser) pueden ser razones para juicios concretos.

Los principios absolutos que nunca podrían ponerse en una relación de preferencia con otros principios. En ningún caso pueden ser desplazados por otros. En estos casos no se aplica el principio de precedencia o no sobre otras normas, simplemente si se viola o no. Siempre tener en cuenta el caso concreto visto la generalidad de la norma. La Constitución establece por lo menos dos principios absolutos, tienen alto grado de certeza, la vida y la dignidad humana.

Es una regla. Es un principio. Asociados a la vida privada. Es violada o no? Esa es la sola pregunta. Hay posibilidad de ponderación?. La necesidad de considerar los deberes del Estado.⁶

⁶ Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Luigi Ferrajoli. Colección Estructuras y Procesos. Trabajo que se inserta en el Capítulo II del índice: Michelangelo Bovero. *Derechos Fundamentales y Democracia en la Teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta. Serie Derecho*. Editorial Trotta. p. 226 a 229.

Por su parte los bienes colectivos (objeto de principios) como la Salud pública, el abastecimiento energético, el aseguramiento alimenticio, la lucha contra el desempleo, el afianzamiento de la estructura interna (FAN), la Seguridad de la Nación, la Protección del orden democrático en libertad. Van mas allá de los individuales. No hay relación medio a fin, entre derechos del individuo (medio para un bien colectivo) y bienes colectivos (actividades estatales confieren derechos individuales, políticas).

El constitucionalismo de los principios significó el ascenso de los principios universales y por ello la Constitución venezolana de 1999 está basada en la dignidad y otros principios universales.

Los ciudadanos, en la persecución de objetivos inmediatos, están más o menos expuestos, a violar reglas de conducta cuya observancia desearían que fuera general. Debido a la capacidad de nuestras necesidades, los objetivos inmediatos aparecen siempre muy importantes y tendemos a sacrificar a ellos las ventajas a largo plazo. Tanto en la conducta social como en la individual, sólo podemos acercarnos a una medida de racionalidad o coherencia si tomamos decisiones particulares, sometiénolas a principios generales independientes de las necesidades momentáneas. Al igual que cualquier otra actividad humana, la legislación no puede pasarse sin la guía de los principios y valores constitucionales.⁷

⁷ Putman, Hilary, Habermas, Jurgen. *Normas y Valores*. Editorial Trotta. 2001. p. 78.

SALUD Y CIUDAD EN PERSPECTIVA JURÍDICA. REFLEXIONES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Armando Rodríguez García*

Profesor Universidad Central de Venezuela (UCV)

Resumen: *Tomando como punto de encuentro las circunstancias que atrae la pandemia por el coronavirus COVID-19, este trabajo se presenta la relación entre salud humana, urbanización y calidad de vida, a fin de destacar que es una vinculación histórica y necesaria que tiene como elemento de soporte al Derecho administrativo, que se ha empleado usualmente en el desarrollo urbanístico, por lo cual no se trata de una propuesta novedosa que responda a la emergencia sino un factor esencial para la buena administración.*

Palabras Clave: *Salud, desarrollo urbano, calidad de vida, derecho administrativo, buena administración*

Abstract: *Based on the circumstance of the COVID-19, this paper highlights the link between human health, urbanization and quality of life standards, in order to emphasize its necessary and historical character, as well as the role of the administrative law in the urban development issues. That is why this is not a new way, but an essential ingredient for a good public management.*

Key words: *Health, urban development, quality of life, administrative law, good public management.*

PRELIMINAR

La llegada del año 2020 ha confrontado a la población mundial con una experiencia impactante por el desgraciado desarrollo y los devastadores efectos derivados de una pandemia viral, identificada como el *nuevo coronavirus COVID-19*, que durante un periodo que supera a los seis meses consecutivos ha venido alcanzado proporciones inéditas, principalmente por lo que se refiere a la velocidad en que se ha propagado el contagio, a lo que se añade la extensión geográfica de su difusión. Estas notas destacables vienen a ser factores asociados con la globalización, que trae consigo el montaje y el funcionamiento habitual de un escenario mundial caracterizado por la amplitud de su cobertura, unido a la intensidad, variedad y facilidad con que se producen las relaciones directas entre personas y grupos de población. Todo ello resulta propiciado, primordialmente, por los avances en los medios de transporte y el mejoramiento sostenido de las condiciones de movilidad e intercambio de la población, a lo que se suma el vertiginoso desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, así como su difusión a escala mundial, con los efectos de inmediatez que ello comporta.

Es indiscutible el impacto y trascendencia de la pandemia en cuanto al riesgo que entraña para la salud de las personas, por lo que este aspecto atrae la atención y las reacciones

* Profesor Universidad Central de Venezuela (UCV). Director de Estudios de Postgrado en Ciencias Jurídicas y Políticas (UCV).

inmediatas, lo que ha podido observarse a simple vista en todas las medidas adoptadas en el campo de las ciencias médicas, tanto en el frente de las actuaciones terapéuticas para enfrentar la situación de las personas contagiadas, como en la puesta en marcha de acciones profilácticas mediante el diseño y puesta en práctica de planes, dispositivos y protocolos de orden preventivo, como vienen siendo las recomendaciones sobre conductas de relacionamiento social e higiene personal y comunal, la dotación de instrumentales de prevención, o la investigación acelerada para la obtención de una vacuna, entendida como el mecanismo de mayor eficacia para combatir el virus y, con ello, sus devastadores efectos.

Sin embargo, una lectura mas amplia y sosegada de la situación y sus manifestaciones conduce a descubrir la dimensión del plexo que dibuja esta cuestión por la diversidad de aspectos que alcanza, en cuanto a la extensión e importancia de sus consecuencias por el impacto que ha provocado en distintos campos de interés, lo que conduce a destacar que este hecho excede, con mucho, a lo que significa el ámbito estrictamente sanitario.

En efecto, al mismo tiempo que se han enfrentado los embates de la epidemia en términos de morbilidad y mortalidad, aparecen otras facetas, de marcada relevancia, que resultan de interés y demandan atención. Así ocurre, de entrada, con lo atinente a la economía y las finanzas, pero también en el tema del empleo; en muchas cuestiones propias de la política interna; en las relaciones políticas y los mercados internacionales; en los temas de diseño y gestión de políticas públicas, de comunicación, etc. En fin, la visión panorámica nos aporta un extenso listado a cuyo contenido no puede escapar la temática de orden jurídico, principalmente en lo que concierne al variado y dinámico espectro del Derecho administrativo, lo que aflora, en su conjunto, como una de las características que se pueden acreditar como un dato distintivo para el análisis multidisciplinario de este singular evento.

En suma, no resulta equivocado percibir el COVID-19 y sus nefastas consecuencias como una crisis de carácter excepcional que, por otra parte, se presenta en una época en la cual la incertidumbre ocupa un espacio importante, por cuanto parece que ha logrado desplazar de su lugar preponderante a ese ambiente de certezas y seguridad que en décadas anteriores venía sirviendo de soporte dominante a los escenarios de prosperidad y avances en los que se movía la humanidad en su conjunto¹. Aunque, por otra parte, también conviene reconocer que, en cierta medida, la excepcionalidad de la pandemia en curso está marcada por la particular atención que se presta a las informaciones sobre lo negativo, a las malas noticias, en lo que parece descubrir un cierto apetito colectivo por detenerse en los aspectos dramáticos o negativos de la realidad. Sin que con ello estemos pronunciado un juicio de valor, sí procede destacar el interés que despiertan esos aspectos, así como la persistencia con que se reiteran esos enfoque en el tiempo, por contraste con los datos que pueden aparecer como registros con signo favorable o positivo, como sucedería con el incremento de la expectativa de vida de la población en general, o la disminución del índice de mortalidad infantil, o incluso el avance en terapias contra enfermedades, por solo hacer referencia a los aspectos de salud que marcan realidades ocurridas en el transcurso de las últimas décadas.

En este contexto, particularmente amplio y dinámico, las nociones de salud y ciudad –con la fuerte carga semántica, técnica y cultural que contienen en sus significados– se presentan como componentes fuertemente asociados por el hecho de estar influidos, de igual manera, por el fenómeno de la globalización, en tanto resultan asuntos con perfiles uniformes a escala mundial, en lo que respecta a sus manifestaciones y en el manejo sobre las mismas. Pero de igual manera se destaca como dato que los identifica en lo global, su indudable trascendencia

¹ Al respecto véase: Garrigues Walker, Antonio. *Manual para vivir en la era de la incertidumbre*. Ediciones Deusto. Madrid, 2018.

social, siendo la salubridad, por un lado, un requerimiento constante para la población; y siendo la ciudad, por otra parte, el espacio por excelencia, para la aparición de las dificultades más intensas en la cotidianeidad de la vida, y también, el lugar donde se despliegan las oportunidades de respuesta para contrarrestar sus efectos negativos y alcanzar umbrales más elevados en las condiciones de salud y desarrollo general de la población. De esa manera los elementos propios de la salud y la urbanización se integran como un conjunto armónico compuesto por elementos inseparables en su composición, que se acreditan como factores necesarios y útiles para el adecuado desarrollo del ser humano. Es lo que sucede, de manera general, a través de la consecución, preservación y elevación de los niveles de calidad de vida, en tanto categoría que se erige y se consolida como uno de los valores destacados para la sociedad contemporánea, por lo cual se siente incorporado, sin dificultad, en la esfera del patrimonio esencial de las personas y también de las comunidades.

Una de las reacciones que han aparecido sobre la marcha de los acontecimientos que impone el COVID-19 es una publicación de la Organización Mundial de la Salud, que se presenta bajo el llamativo título: “Integrando la salud en la planificación urbana y territorial”², lo que podría dar una sensación de novedad en el enfoque, cuando la realidad es totalmente diferente.

En este sentido, haciendo acopio de lo que hemos revisado brevemente en los párrafos anteriores, apuntamos a destacar la vinculación existente entre los aspectos de la salud –con énfasis en los aspectos de salubridad– y la ciudad, pero incorporando la perspectiva jurídica, en tanto el Derecho actúa como un catalizador no solamente útil, sino inexcusable, para la amalgama de los componentes indicados.

Sin mayor dificultad se entiende que los resultados del conocimiento científico y técnico sobre la salud nos proporcionan mejores condiciones para la vida, desde el punto de vista biológico y mental; de su parte, las mejores características físicas, ambientales y funcionales que puede alcanzar el ambiente urbano, a partir del conocimiento adecuado sobre la ciudad y las más eficientes modalidades de gestión, aportan a sus habitantes el escenario adecuado para mantener y elevar las condiciones de salud y facilitan el desenvolvimiento social, laboral, económico, físico, espiritual y cultural en general, potenciando nuestra distintivas cualidades humanas. De su parte, el derecho, en tanto creación cultural de primer orden para la sociabilidad como factor consustancial al ser humano, nos aporta la plataforma útil y necesaria para el desenvolvimiento civilizado de nuestras relaciones, al ofrecer elementos de certeza, disciplina y seguridad que permiten reducir los costos de las transacciones y conducen a establecer límites a la arbitrariedad mediante el acotamiento que se fija a los espacios para el ejercicio del poder, como garantía correlativa de los espacios de libertad y dignidad de las personas.

El enfoque seleccionado para el análisis que se ofrece en este breve estudio procura, además de reafirmar algunos puntos de referencia esenciales en el ámbito del conocimiento científico del fenómeno de la urbanización y sus efectos sobre las condiciones de vida de la población, poner de relieve la valoración que tiene, para la gestión administrativa pública y el Derecho administrativo, el ingrediente esencial que aportan estos asuntos, en el entendido de que el tratamiento de los mismos a través del instrumental jurídico podrá ser de mayor utilidad y eficiencia, en tanto se consideren las vinculaciones e interdependencias entre todos esos factores.

² Véase: <https://onuhabitat.org.mx/index.php/salud-y-planificacion-urbana>

A tal efecto, partiendo de la motivación inmediata que provoca el mencionado documento de la Organización Mundial de la Salud, se consigna una fugaz revisión sobre la estrecha asociación que ha existido entre las nociones de salubridad y ciudad como una constante, lo que se desprende con nitidez de algunos datos específicos recogidos dentro del proceso histórico del urbanismo. De seguidas se pasa a referir la presencia, también constante, del factor jurídico que se integra como un componente en este complejo temático, lo que abre la oportunidad de hacer énfasis en el papel preponderante que corresponde al Derecho administrativo, en atención a la tipología de las disposiciones normativas de mayor pertinencia en el tema, así como por las técnicas jurídicas empleadas y las estructuras de las Administraciones públicas que, con marcada incidencia de las administraciones locales, protagonizan las situaciones y relaciones jurídicas derivadas de estos asuntos.

Con ello se abre el lugar debido a la consideración de la buena administración como un principio fundamental que orienta la gestión pública y al mismo tiempo, como un derecho fundamental que forma parte del arsenal disponible por los ciudadanos, tanto en condiciones de normalidad como en situaciones de excepcionalidad que no excluyen ni exoneran a las autoridades públicas del cumplimiento básico de los postulados esenciales de la legalidad, pues, por principio, no pueden sujetarse a confinamiento.

I. SALUD Y CIUDAD. UN TANDEM PROLONGADO Y SOLIDO

El libro *Integrando la salud en la planificación urbana y territorial*, publicado como una guía de consulta por la OMS y ONU-Hábitat³, se destina a ofrecer enfoques a los agentes encargados de tomar decisiones en materia de salud pública y de planificación territorial, al igual que a las autoridades municipales y los profesionales de la salud hacia el desarrollo de ciudades planificadas y construidas, teniendo como referencia central el objetivo de procurar de la salud humana y ambiental. En ese sentido se parte de un dato estadístico básico que indica la importante presencia de enfermedades infecciosas en las áreas urbanas con alta densidad de población que no cuentan con acceso adecuado al agua potable y no disponen de instalaciones adecuadas de higiene e infraestructura de saneamiento, con el efecto negativo en cuanto a enfermedades agudas y crónicas, unido a un número considerable de muertes directamente asociadas con esta situación de déficit. A partir de esos postulados, en la publicación se destacan las herramientas disponibles de manera general para el debido conocimiento, evaluación y análisis de los datos de carácter sanitario a los efectos de su incorporación en los procesos de planificación y la toma de decisiones en el ámbito urbanístico, apuntando a recomendar la conjugación de la planificación territorial y la salud pública.

En suma, el enfoque general de la reciente publicación liderada por la OMS, con ocasión de la pandemia, se dirige a poner el acento en la perspectiva que destaca la consideración de la salud como tema neurálgico para orientar los procesos de planificación territorial en todas sus escalas, pero cuidándose de marcar un vínculo con la idea de sostenibilidad urbana, en tanto objetivo trazado como foco nuclear de la Nueva Agenda Urbana aprobada en la Conferencia e las Naciones Unidas sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III), en la ciudad de Quito, Ecuador, en 2016, y que obtuvo el refrendo de la Asamblea General, en diciembre de ese mismo año. En aquella oportunidad, las instancias pertinentes de la ONU ponían el énfasis en expresar que “La Nueva Agenda Urbana incorpora un nuevo reconocimiento de la correlación entre la buena urbanización y el desarrollo. Subraya los vínculos entre la buena urbanización y la creación de empleo, las oportunidades de generar medios de subsistencia y la mejora de la calidad de vida, que deberían incluirse en todas las políticas y

³ <https://www.who.int/publication-detail/integrating-health-in-urbanand-territorial-planning>.

estrategias de renovación urbana. Esto pone de relieve la conexión entre la Nueva Agenda Urbana y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en particular el Objetivo 11, que trata de las ciudades y comunidades sostenibles”⁴.

Sin lugar a dudas es digno de consideración el interés que suscita la atención prestada a la importancia de los múltiples y diversos asuntos que se agrupan en torno a la urbanización, por parte de las estructuras que se alojan en el seno de la Organización de las Naciones Unidas y su vocación por atraer la mirada de las distintas instancias de decisión y gobierno sobre las materias que sobre estos temas se tratan de manera continua y sostenida. No obstante, a los efectos de ponderar adecuadamente el alcance y sentido de sus producciones, no debemos perder de vista el contexto en el cual se opera, marcado por coyunturas complejas que están permanentemente acompañadas por un trasfondo de relaciones internacionales de contenido diverso y dispar en las que se conjugan objetivos e intereses políticos, económicos y diplomáticos, con las apreciaciones de contenido eminentemente científico, por lo que, sin restar la debida valoración a los documentos y posiciones consignadas en sus distintos eventos, y el seguimiento sobre las mismas, es conveniente advertir el marco en el que se generan en cada caso, para tener una referencia de mayor certeza y precisión.

Conviene evitar la confusión que pudiera producirse en el sentido de entender la vinculación entre salud y ciudad como un hallazgo o una propuesta novedosa, en lo atinente a la fuente generadora de decisiones y acciones para la adecuada planeación y configuración de los espacios urbanos, sus estructuras, las dotaciones y servicios, así como su funcionamiento, asociándolos a objetivos de salubridad, bien sea de manera preventiva, es decir, anticipándose a las demandas futuras, o bien, como respuesta obligada por circunstancias propias de requerimientos inminentes.

En efecto, tanto en la ya dilatada historia de la urbanización, como en el desarrollo científico de la disciplina urbanística, el tema sanitario, y en particular lo atinente a la salubridad e higiene pública en los ambientes urbanos y en la forma de vida urbana, ocupa un lugar destacado por ser una cuestión de carácter básico. En consecuencia, la salud ha jugado un papel primordial, en lo que se refiere a las expresiones técnicas, físicas, constructivas y funcionales que corresponden a la administración urbanística, pero también en lo que hace a los aspectos vinculados con la institucionalidad de esa gestión, su fundamentación, su legitimidad y la operatividad práctica que, en definitiva, resultan contenidas y expresadas en categorías jurídicas.

Y sin lugar a dudas, dentro de la complejidad que se apunta, se hace presente, una vez más, la composición que se conforma a partir de la conjunción de los elementos ciudad, salud y derecho, que se mantiene como una constante a lo largo de la historia de la civilización, con altibajos y momentos de mayor o menor expresión, agudeza, tensión, estabilidad o resplandor. De hecho, puede afirmarse sin mayor riesgo de error, que el fenómeno de la urbanización y su expresión más simbólica, esto es, la ciudad, en tanto la mayor hazaña cultural de la humanidad generadora del artefacto más colosal de la creación humana, está asociada en forma permanente e inseparable con las nociones de salud, higiene y salubridad, en atención a lo cual detectamos como una constante en el ambiente urbanístico asuntos tales como el abastecimiento de agua para fines domésticos, alcantarillado, conducción y tratamiento de aguas servidas; limpieza de calles y espacios públicos; recolección, clasificación y disposición de residuos; espacios abiertos, zonas e instalaciones de ocio y deporte, áreas verdes; dotación de instalaciones de salud para la población, servicios de asistencia, defensa civil y

⁴ Ver: Naciones Unidas. Nueva Agenda Urbana. Secretaría de Hábitat III. 2017. p. 4.

atención médica; en fin, un complejo de elementos insertados en la manera de vivir del hombre urbano que cuentan con expresiones de orden físico alojadas primordialmente en los ámbitos de la ciudad, pero que tienen el potencial de irradiar su impacto a toda la población, en forma directa o indirecta

Desde luego, no todas las ciudades son iguales, ni una ciudad específica es homogénea en su interior, salvo por lo que hace a las notas básicas que configuran la base común de los asentamientos humanos de carácter urbano, como son la densidad de población, en tanto implica un abundante volumen de habitantes concentrado en un espacio funcionalmente delimitado, que comparte un modo característico de vivir, lo que se traduce en una multiplicación exponencial de las relaciones desplegadas, con un muy elevado nivel de complejidad y variaciones. Estas notas vienen acompañadas por la marcada cualidad dinámica que impregna a la ciudad y la vida urbana, lo que impone entenderlas bajo la óptica del cambio y la transformación constante, y de esa forma reconocer la existencia de una ciudad del pasado y una ciudad del presente, además de permitirnos especular sobre la ciudad del porvenir, aceptando sin dudas, que se trata del mismo fenómeno, en cuya manifestación esencial, en su núcleo genético subyace la apreciación orteguiana sobre el hecho de que los hombres no viven juntos porque sí, sino para acometer grandes empresas.

De este modo, la composición que resulta de integrar los términos salud y ciudad, relacionados con el Derecho es una realidad constante a lo largo de toda la trayectoria histórica del proceso de los asentamientos humanos en el territorio, de modo tal que su adecuado conocimiento y el efecto que se deduce de la interrelación de los elementos puestos en juego permite adoptar decisiones y acciones que redundan en ventajas para la gestión pública en favor de las condiciones de vida y el desenvolvimiento general de las comunidades, sacando provecho de las experiencias, para con ello maximizar el alcance de sus funciones.

Para constatar ese vínculo sólido, robusto y prolongado en el tiempo, parece ser suficiente con la revisión breve de unas referencias atinentes a momentos claves en la evolución de la ciudad⁵. Así tenemos el caso de Roma y su incomparable aporte al urbanismo –sin que ello signifique negar los progresivos avances que de manera sostenida venían alimentando el proceso civilizatorio que significa la ciudad, desde los asentamientos iniciales del valle del Eufrates, pasando por los asentamientos del antiguo Egipto y la impronta que en forma impeccedera deja Grecia–, entre otras manifestaciones, a través de un vigoroso y funcional acopio de ingeniería, en el que se registra a la Cloaca Máxima como una de sus obras monumentales más antiguas. Esta importante obra de ingeniería sanitaria fue construida en el siglo VI a. C., en una escala tan gigantesca para ese momento, que permiten atribuir facultades de clarividentes a sus diseñadores, pues tuvieron el acierto de anticipar que aquella primigenia acumulación de aldeas llegaría a contar más de un millón de personas, y de ese modo, aún en nuestro tiempo, la Cloaca sigue siendo una obra útil. En igual sentido se cuentan, los múltiples acueductos, cloacas, cañerías matrices, baños públicos y los caminos pavimentados, que se convirtieron en grandes formas colectivas puestas al servicio de las masas urbanas, tal como asienta Mumford⁶.

Estos datos, aunque a primera vista pudieran parecer un registro magro en cuanto a su extensión, permiten destacar la significativa presencia que tienen los elementos de carácter sanitario en el despliegue de atención por el espacio urbano, en la percepción de la salud

⁵ A los fines de seguir este enfoque siempre es recomendable la obra de Toynbee, Arnold. *Ciudades en Marcha*. Alianza Editorial.

⁶ Mumford, Lewis. *Las Ciudades en la Historia*. Ed. Infinito. Buenos Aires 1966. Tomo I. pp. 262.

como asunto de interés, como factor de propulsión y vector de decisiones y actuaciones que van marcando el particular modo de vida que reclama la ciudad y que, en el fondo, se emplean también como una forma de expresión de los principios acuñados por Vitruvio para inspirar la idea de arquitectura, conjugando belleza, firmeza y utilidad (*venustas, firmitas, utilitas*).

En tal sentido, a los fines que nos ocupan en este estudio, mas importante que la revisión exhaustiva de las obras o actuaciones urbanas de naturaleza sanitaria o susceptibles de ser asociadas con el objetivo de salud, está el punto de observar de que manera, junto a la huella que imprimen los monumentos físicos, se asienta la instalación progresiva y estable de diferentes fórmulas que se establecen con el objetivo de alcanzar y preservar lo que se entiende como adecuadas condiciones de salubridad. Dentro de esa diversidad de fórmulas de fomentar o asegurar la higiene pública romana se cuenta “la distribución de aceite para los baños y gimnasios que recibe el nombre de *olea* o *gimnasia*. El aceite proporcionado por los evergetas era empleado en las termas para la realización de ejercicios físicos y en la higiene corporal. La distribución de aceite suele acompañar a otras donaciones, como la apertura gratuita de las termas (*balinea* o *lavatio*)...La idea de ofrecer al pueblo la entrada gratuita a los baños públicos aparece en la época republicana...Agripa dejó al pueblo de Roma las temas públicas que había construido durante su edilidad del 33 a. de C., para que la población pudiese acudir a los baños gratuitamente, y legó a Augusto una serie de propiedades para que con sus rentas fuesen mantenidas...”⁷.

Pero el balance no se agota allí, ni se reduce a la mera expresión física de las obras de ingeniería carentes de trasfondo intelectual, de igual modo pueden incluirse otras manifestaciones regulatorias y funcionales que obedecen a razones de salubridad pública, como serían la prohibición de enterrar o quemar cadáveres en el ámbito interno de la ciudad, las obligaciones impuestas para orientar las aguas servidas en función de la vecindad de las edificaciones, o inclusive, la consideración de los *tugurios* como construcciones de carácter ruinoso que afectaban la salud, todas ellas contempladas en la Ley de las XII Tablas. En todo caso, lo mas trascendente que pretendemos extraer de estos datos apunta a la complejidad de la progresión que implica el proceso de urbanización como expresión cultural de un bien público universal y la presencia del factor salud como uno de sus componentes, en lo que marca un punto icónico la difusión en el amplio espectro territorial que implica la construcción del mundo romano, puesto que, tal como indica González Román, “El modelo urbanístico que Roma proyecta en los centros que funda o que remodela se deriva de urbanismo griego, asimilado a través de la influencia etrusca; en consecuencia, las concepciones urbanísticas romanas obedecen al modelo de ciudad hipodámica, de planta ortogonal, cuyas calles se cruzan en ángulo recto y se ordenan en función de dos grandes ejes; de ellos los que tienen un trazado Norte-Sur son conocidos como *cardines* y los que poseen Este-Oeste *decumani*...el orden de la ciudad se adecúa al del universo de tal forma que el *decumanus* desarrolla el mismo trazado que, según las concepciones de la época, desarrolla el sol en torno a la tierra, lo que a su vez es fuente de salud...”⁸

Mas adelante, con la caída del Imperio Romano de Occidente, se abre una etapa de decaimiento de la urbanización que trae consigo el deterioro generalizado de las infraestructuras existentes por el abandono y el decaimiento de la fuerte y dinámica interacción social, eco-

⁷ Véase: Melchor Gil, Enrique. *La munificencia cívica en el mundo romano*. Ed. Arco Libros, Madrid, 1999. p. 38.

⁸ González Román, Cristóbal. *Roma y la urbanización de Occidente*. Ed. Arco Libros. Madrid, 1997, pp. 56-57.

nómica y cultural impulsada por la prolongada etapa de influencia romana, dando paso a la instalación de las sociedades montadas sobre la estructura feudal. Sin embargo, en la ciudad medieval, que resulta marcada por el aislamiento y se refugia en el entorno protector de las murallas, con el reforzamiento del localismo como expresión de vida comunal, no dejan de estar presentes las dificultades sanitarias y la correlativa exploración de respuestas asociadas al ámbito de la urbanización con sus nuevas expresiones ambientales, funcionales e institucionales.

En efecto, durante la Edad Media se reportan importantes manifestaciones de deterioro en el manejo de los aspectos sanitarios en los asentamientos urbanos, así como episodios de peste y diversos tipos de epidemias que impulsan respuestas relativas al manejo de los productos alimenticios y del funcionamiento de los mercados, las condiciones de las construcciones y otros aspectos urbanos, de donde se puede concluir afirmando, tal como lo hace Mumford, que “acaso no haya sido accidental que una sesión del parlamento celebrada en Cambridge, en 1388, promulgara la primera ley de saneamiento urbano en Inglaterra”⁹, con lo cual se confirma la presencia de herramientas distintas a las actuaciones de infraestructura, dirigidas al objetivo central de promover condiciones de higiene y salubridad, al igual que el establecimiento de mecanismos de ayuda para las personas más pobres, así como la determinación de restricciones de movilidad para los mendigos, todo lo cual se puede clasificar como decisiones directamente asociadas al fenómeno urbano, los problemas de salud pública que encuentran expresiones de importante calado en eventos como la peste negra ocurrida en Inglaterra entre los años 1348 y 1350, y en definitiva, con las condiciones necesarias para el desenvolvimiento de las comunidades.

La ciudad del Renacimiento apuesta por la salida hacia la monumentalidad, mediante el rescate del orden expresado a través de la priorización de las proporciones geométricas, las edificaciones destacadas en el paisaje urbano, como los palacios, pero dentro del protagonismo asignado a los espacios públicos y a ampliación de los ámbitos de la ciudad más allá de las murallas con ensanches que exploran nuevas extensiones a través de ejes viales prolongados. Y esas manifestaciones que enaltecen lo artístico, ciertamente no fueron aparejadas con las soluciones prácticas en los aspectos sanitarios o de saneamiento, como había sucedido en la época romana, con lo cual se mantuvo el deterioro en cuanto a salubridad, lo que también es una manifestación, por carencia, del vínculo entre salud y ciudad que se sentirá en sus efectos negativos, más adelante, precisamente con el advenimiento de la industrialización. No obstante, en esta etapa puede apreciarse que se fortaleció la institucionalidad local, que venía abriéndose paso con la figura del Municipio, desde el surgimiento del sentido de comunidad como identidad subjetiva en la ciudad medieval, que imprimó como una característica destacada “la conciencia de un *nosotros*, de una comunidad y unidad sustancial por encima de las diferencias entre grupos componentes de este *substratum* social comunitario...”¹⁰; de igual manera se consolida la Universidad como institución de referencia en la vida social y el progreso de las comunidades, lo que también toca al aspecto de la salud pública y la ciudad, por el avance en el conocimiento científico y la expresión cultural.

Seguramente mucho más trajinada y visible es la experiencia que se vive en la ciudad receptora de los impactos directos de la industrialización en sus etapas iniciales. Es lo que ocurre primordialmente en el caso de Inglaterra y en Europa del norte, destacándose los efectos negativos sobre las condiciones de salubridad que se hacen notorios como consecuencia

⁹ Cfr. Mumford, Lewis. *op. cit.* p. 351.

¹⁰ Vid. García Pelayo, Manuel. *La ciudad mercantil medieval*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. N° 76. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1990.

del incremento inusitado de los rangos de concentración de la población en los espacios urbanos unido a las derivaciones físico-ambientales generadas en los inéditos procesos de producción industrial, que se traducen, fundamentalmente, en altos niveles de contaminación del aire y los cursos de agua. Ello ocurre a pesar de las severas disposiciones sobre higiene dictadas por Enrique VIII, en particular las atinentes a la limpieza y mantenimiento del alcantarillado en las ciudades, por lo que la contaminación del agua y la insuficiente provisión para la debida disposición de las aguas servidas y residuos provocó el ambiente de insalubridad adecuado para las críticas situaciones de enfermedad colectiva y calamidad pública como fueron las varias epidemias de cólera originadas en la contaminación del agua potable por aguas fecales que infestaban el subsuelo.

Aquella realidad conduce al montaje de múltiples respuestas en el campo urbanístico, como sucede con la segregación de actividades en espacios acotados de la ciudad (zoning), o con la previsión de instalaciones hospitalarias, espacios abiertos, alcantarillados, drenajes y abastecimiento de aguas tratadas para el consumo humano, así como también, con nuevas normativas de construcción para la edificación de vivienda y otros usos, incluyendo la previsión de reservas de espacios para recreación, ocio y deporte, etc., que abrieron paso a múltiples técnicas urbanísticas desplegadas de manera continua y sostenida hasta estos días.

En síntesis, el extenso recorrido que se muestra en las brevísimas referencias ilustrativas consignadas en las líneas anteriores, pone en evidencia que la ciudad se consolida como una compleja forma de respuesta para procurar las condiciones necesarias que permiten proyectar la vida humana en su expresión integral, lo que implica conjugar la noción de salud y salubridad –en tanto *estado general de la salud pública en un lugar determinado* (DRAE)– con las manifestaciones físicas, espirituales, culturales y morales del ser humano, lo que a la postre se traduce en valores esenciales como la dignidad que imponen su centralidad en el ámbito de las concepciones éticas, jurídicas y políticas.

De otra parte, el enfoque resultante de la perspectiva empleada permite visualizar claramente que, el urbanismo –y la ciudad, en tanto síntesis exponente del fenómeno– no se agota en el espacio físico, en la infraestructura, los espacios abiertos y las edificaciones, pues, además de todo aquello, lleva consigo de manera inseparable, la instalación de un modo de vida, de una manera de vivir que adopta el conjunto de la sociedad en forma sostenida e irreversible.

A su vez, esta visión integral de la realidad urbanística permite comprender que el medio urbano, la ciudad como modo de vida adoptado por la población, es el espacio adecuado y el ambiente insustituible, para la realización más eficiente de las políticas públicas de desarrollo humano, a cuyo efecto resulta indispensable contar con la Administración pública como el aparejo que responde a las características requeridas para manejar las cuestiones urbanísticas, en tanto se trata de asuntos colectivos, que por ser tales, no pueden descansar en el tratamiento que se agota en la iniciativa y el desempeño de cada sujeto en particular, ni tampoco pueden ser asumidos y resueltos individualmente porque su naturaleza, escala, dimensión y efectos reclaman racionalmente su consideración bajo la óptica de lo público.

II. LA PLATAFORMA JURÍDICA

Es a partir de este punto donde aparece con signos destacados, la necesidad y utilidad del instrumental jurídico, y muy particularmente, del Derecho administrativo, en tanto viene a ser una expresión creativa de la cultura, dispuesta como herramienta útil para la resolución más adecuada, más civilizada y menos costosa de las transacciones sociales. En los términos que concretiza el alcance del presente estudio, destaca la cualidad jurídica de los planes y de los mecanismos de gestión pública que resultan de inevitable consideración en cualquier

aproximación relacionada con la temática planteada, lo que no representa una novedad, pues el rastro determinante de lo jurídico se aprecia claramente a lo largo de todo el trayecto que comporta la evolución del fenómeno urbanístico.

De esta forma se puede comprender sin dificultad que no es por causalidad que las cuestiones sanitarias son las primeras que permitieron alojar y sistematizar en cuerpos normativos las regulaciones que apuntan a la construcción progresiva de lo que se ha denominado Derecho Urbanístico como una concreción especializada dentro del vasto espectro del Derecho administrativo. En este sentido se citan, como ejemplos emblemáticos, la Public Health Act inglesa de 1848, la Instrucción Sanitaria española de 1904, y el Reglamento de Higiene Pública español, de 1910, tal como lo advierte a mediados del siglo pasado el profesor Pérez Botija¹¹.

Estos datos iniciales se multiplican y se establece una clara tendencia que alcanza una escala global, alineada con la naturaleza misma del asunto, unida al componente de orden técnico que lo impregna y que permite comprobar la utilidad práctica de las respuestas a través del empleo de estas técnicas.

El caso Venezolano no escapa a la tendencia indicada. También aquí se observa la aproximación a los asuntos urbanísticos a través de los temas de higiene y salubridad con el objeto de preservar la salud humana como un bien público de primera línea.

Así se refleja claramente en el ámbito de las regulaciones incorporadas al ordenamiento jurídico que sirven de soporte a las actividades de las diferentes estructuras de la Administración pública, con un claro predominio de las actividades de policía administrativa sanitaria, como manifestación primaria de mayor atención para un enfoque tradicional del espectro jurídico, tal como se refleja en las primeras fuentes de carácter doctrinario que se recogen en el campo del Derecho administrativo criollo.

En efecto, a finales de la primera mitad del siglo XX venezolano, Hernández Ron incorpora múltiples referencias sobre la temática que nos ocupa, al tratar el asunto de la legislación sanitaria y la justificación del Estado en la sanidad, mediante una sencilla y eficiente sistematización que permite acceder a la información y comprender las bases conceptuales. Así, el autor parte de identificar los principales deberes de la Administración en el ejercicio de la función sanitaria, en estos términos: “1º. Conservar las condiciones higiénicas del medio social, procurando que la atmósfera no se vicie, que los alimentos san puros y las aguas potables, estableciendo sistemas de saneamiento de poblaciones, policía de las edificaciones, régimen de cementerios, etc. 2º. Prevenir o combatir las enfermedades por medio de la desecación y saneamiento de los terrenos, para evitar el paludismo, la anquilostomiasis, así como las endemias, o medidas de aislamiento en caso de enfermedades sospechosas. 3º. Creación y sostenimiento de Institutos de asistencia para los enfermos, reglamentación de las carreras profesionales, de la elaboración y venta de medicamentos, sostenimiento de hospitales, y organización de asistencia domiciliaria. 4º. Cumplimiento del fin de prosperidad, atendiendo a la educación física del individuo y mejorando el medio en que vive”¹². Dentro del elenco bien elaborado, cuya vigencia parece consistente para aquel momento, y vine a ser satisfactoria en la actualidad, cabe observar la inclusión de los referentes asociados al medio urbano, que persisten hoy día, aún cuando en algunos casos con ciertos visos de novedad,

¹¹ Véase: Pérez Botija, Eugenio. *Derecho Urbanístico Español. Conceptos y Legislación*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1950

¹² Hernández Ron, J.M. *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*. Editorial Las Novedades. Caracas, 1944. Tomo II, 234.

como la preservación de la calidad de la atmósfera (calidad ambiental), en general se trata de los temas típicos relativos al tratamiento y abastecimiento de agua potable a las poblaciones, así como la disposición de aguas servidas, el saneamiento de terrenos, el mejoramiento del hábitat, o la provisión, dotación y mantenimiento de centros de atención.

Más adelante, el mismo autor desarrolla lo que denomina *la sanidad en su aspecto jurídico-científico*, y en ese acápite incluye las manifestaciones que revisten forma negativa, pues consisten en limitaciones o prohibiciones sobre el ejercicio de derechos individuales, tales como el control de edificaciones y las sanciones por incumplimiento de los requerimientos de edificación establecidos en las regulaciones dictadas al respecto; y también manifestaciones con forma positiva, en las que agrupa aquellas que comportan la intervención directa o indirecta de la Administración en el fomento de servicios e instituciones adecuados para evitar daños en la conservación de la salud, entre los cuales se mencionan los centros e institutos científicos, los hospitales y dispensarios, pero además, las obras de saneamiento en las ciudades, con lo cual se aprecia la vinculación directa e inmediata de la sanidad con la cuestión urbana¹³.

Continuando en el sentido indicado, el autor despliega mayor información sobre las regulaciones, las actuaciones y los controles administrativos sobre las construcciones e instalaciones urbanas vigentes para la época, y hace mención a la aplicación de criterios de planificación urbana, de este tenor: “Respecto de los hospitales conviene notar que deben estar situados, en cuanto sea posible, en los ángulos o extremidades de las poblaciones y en número proporcionado al de habitantes, pues el hacinamiento de enfermos produce mayor mortalidad y frecuentes peligros de infección. También debe tener en cuenta la Administración (que puede ser la Nacional, la de un Estado o la Municipal) al ocuparse de estas casa de beneficencia, que los Reglamentos por los cuales se rijan determinen todo lo relativo a la ventilación, limpieza y fumigación, y el modo de depositar los cadáveres, con especial cuidado y atendiendo a todas las prescripciones de la higiene”¹⁴. De esta cita destacamos, además de las alusiones que encajan claramente en el ámbito de los asuntos urbanísticos, lo que permite poner de relieve el vínculo sustantivo entre estos temas –sobre el cual venimos insistiendo como eje de esta aproximación–, la presencia de las distintas estructuras de las Administraciones territoriales para el cumplimiento cabal de los objetivos que se asignan a esta función, lo que trae a la primera línea de atención, la intrincada complejidad de la gestión administrativa que se ve constantemente cargada de escenarios de actuación multidisciplinarios en su naturaleza, por lo que se ameritan tanto tratamientos como respuestas de índole similar.

Un punto adicional de interés a nuestro enfoque, que podemos extraer de la obra que ahora nos ocupa, es la particular referencia que hace el profesor Hernández Ron sobre la participación de los municipios en la materia, al precisar que, “...Las Administraciones Municipales (como lo prescriben sus ordenanzas respectivas), deben prohibir en los pueblos y ciudades el establecimiento, dentro de los círculos urbanos, de fábricas, talleres, laboratorios, etc., insalubres, peligrosos o incómodos; insalubres porque alteran el aire o lo impregnan de miasmas; peligrosos, porque pueden causar explosiones o incendios; e incómodos, porque pueden tener maquinarias productoras de ruidos, resultando su vecindad molesta...”¹⁵. En este punto, la mención a las competencias y la presencia de las entidades locales resulta destacable porque son estas administraciones las que conjugan en su campo de actuación la

¹³ Hernández Ron, J.M. *cit.*, p. 235.

¹⁴ *Ibidem.* p. 243.

¹⁵ *Ibidem.* p. 244.

atención inmediata a los asuntos urbanísticos y a los temas de salubridad, sirviendo como punto de convergencia que, además, tiene la cualidad de operar como la epidermis de la Administración Pública, en sus relaciones con las personas, por ocuparse de los temas de carácter cotidiano, de primera línea de contacto con los ciudadanos; de allí que sea una constante globalizada la atribución de competencias asociadas a estas materias en la amplia geografía de los países iberoamericanos, lo que puede verificarse mediante la consulta de sus textos normativos, que acentúan de manera general “ la sostenida presencia de las instituciones municipales en la dinámica social y política de las comunidades para lograr niveles de calidad de vida mas elevados a favor de la población...”, como hemos sostenido anteriormente, al referirnos a las particularidades de esa singular realidad que es el Derecho Local Iberoamericano¹⁶.

Pero junto al resultado que aporta la verificación de previsiones regulatorias que acreditan la relación entre salud y ciudad tanto en lo relativo a su antigüedad como en su expansión geográfica, también encontramos en el campo de las realizaciones prácticas, experiencias constatables que conducen a comprobar la aplicación y los resultados de la gestión pública, mas allá de la especulación hipotética. Ello contribuye a reafirmar que la consideración de los elementos salud, higiene y salubridad en la construcción de decisiones y en la ejecución de acciones despegadas por los agentes públicos para las ciudades no se trata de un descubrimiento reciente ni de una propuesta novedosa, que aparece como respuesta a la pandemia del COVID-19.

Tal es el caso del papel protagonizado por la Administración Nacional –en especial por el Instituto Nacional de Obras Sanitarias (INOS), el Banco Obrero, el Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social– en el intenso proceso de urbanización venezolano que corre entre la década de los 40 y mediados de los años 70 del siglo XX, lo que se refleja en todo el amplio elenco de actuaciones urbanísticas registradas por esos organismos, además de las actuaciones que, en escala mas reducida, por sus propias capacidades operativas y el sentido de las funciones atribuidas, desplegaron los Estados y los Municipios del país.

En cualquier caso, el punto a destacar se centra en la existencia y antigüedad del vínculo entre los elementos indicados como factores que se traban en una concepción de plataforma estable y no excepcional ni de reacción eventual para las aproximaciones de los agentes públicos, con un claro soporte y legitimación tanto funcional como organizativa, en disposiciones, técnicas y categorías jurídicas.

En síntesis, resulta claro que el nexo integrador entre la salud y los asentamientos humanos en su expresión mas determinante como es la ciudad, es una realidad verificable, en la que destaca su antigüedad, por la prolongada trayectoria histórica, y de otra parte, por su cualidad de constante, de agente catalítico de acción permanente, que sirve de soporte a la detección de aspectos perniciosos, al tiempo que ofrece las posibilidades de contrarrestar los efectos perjudiciales o nocivos y, de esta manera, avanzar en la generación de umbrales superiores de calidad y seguridad sanitaria, en forma sostenida, por cuanto el conocimiento mas profundo de los requerimientos sociales y su adecuada proyección temporal, abre las posibilidades de maximizar las técnicas operativas de la gestión pública, anticipando las capacidades de respuesta y reduciendo la ocurrencia de los posibles déficits.

¹⁶ A los efectos de la revisión y consulta de los textos legales relativos al Régimen Local en los países de Iberoamérica, véase: *Código de la Legislación Local Iberoamericana*. Compiladores: Armando Rodríguez García y Antonio Silva Aranguren. Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Colección Derecho Público Iberoamericano, N° 6. Caracas-New York. 2018.

Entonces, a nuestro juicio queda claramente despejada como realidad tangible, la simbiosis constituida por salubridad y ciudad, que se apuntala y se hace efectiva en su realización en el componente jurídico, en tanto constituye su soporte basal e instrumental, en el campo de la planificación urbanística.

A su vez, la indicada simbiosis, de por sí compleja, se corresponde con una mas intrincada capilaridad que se forma con estrechas y variadas conexiones entre los componentes que concurren a su configuración, y así, se pone en evidencia lo tupido del tejido de relaciones que se hacen presentes mediante demandas por la respuesta debida de cara al aparato administrativo. Con ello se afina la visión sobre la estatura de la pandemia en su cabal dimensión, por lo que, desde este punto de vista, se debe considerar como un asunto social –que incorpora de manera simultánea cuestiones económicas, laborales, educacionales, de abastecimiento, políticas, culturales, de movilidad, de asistencia, de derechos fundamentales, etc.–, con relevantes aspectos médicos, que sin duda son importantes y de atención inmediata, pero que no agotan el asunto, ni conducen, por sí solos, a la obtención de la solución integral satisfactoria.

Con este punto se reafirma el calado que ostenta el componente jurídico, comenzando por la referencia inexcusable al aparato administrativo, y con ello, al Derecho administrativo, pues, tal como enseña Moles, “La existencia del Derecho Administrativo está subordinada a la existencia de una Administración pública, en el sentido de organización y conjunto de órganos (...) La Administración-institución se convierte en el objeto de la definición misma del Derecho Administrativo...”¹⁷.

Pero además, al importante dato consistente en la presencia del aparato administrativo del Estado y la atracción que de manera inmediata provoca sobre el ingrediente de la juridicidad, se añade la vertiente de la función o actividad y los instrumentos empleados a tal efecto, que encajan, también de manera inevitable en el espacio de la legalidad, con mayor énfasis, intensidad y trascendencia, bajo el postulado esencial del Estado de Derecho; pero mucho mas aún, con el advenimiento del Estado social como ampliación de la oferta de soluciones a las demandas sociales que se posan sobre los hombros de las Administraciones, reforzando así su presencia y exigiendo mayor capacitación en su desempeño institucional, técnico y jurídico, con lo cual alcanza también una dimensión principal el concepto de buena administración.

Es así como, en este contexto, la técnica de la planificación cobra singular valor dentro de la función administrativa pública en general, y con ello, destaca la figura del plan que, en el campo de la función urbanística concentra un particular sentido, además de su alcance y significado como acto jurídico de carácter fundamental. En este orden de ideas, a propósito de la pandemia del COVID-19 y su desgraciada actualidad, es oportuno destacar que se trata de un evento excepcional e imprevisto, cuyo advenimiento pone de manifiesto la capacidad perturbadora que tiene la incertidumbre, por la dificultad que implica ejercer control sobre la situación; además, ha dejado al descubierto en que forma los sucesos de magnitud global suelen ser particularmente generosos para provocar incertidumbre, inestabilidad e inseguridad. Y al respecto, precisamente, la idea del plan y la planificación apunta a reducir los niveles de incertidumbre para inyectar certeza, confianza y estabilidad en la acción administrativa, tal como indica el ilustrativo título empleado por Pierre Massé para su obra, “El Plano el anti-azar”¹⁸, en la cual el ex Comisario General del Plan en Francia, recoge el balance de una

¹⁷ Moles Caubet, Antonio. *La progresión del Derecho Administrativo*. En *Revista de la Facultad de Derecho*. Nº 3. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1955. p. 37.

¹⁸ Publicada originalmente en francés *Le plan ou l'anti-hasard* Ed. Idées, en 1965 se edita traducida al español, por Editorial Labor, Barcelona en 1966, bajo el título *El plan o el anti-azar*.

experiencia personal, al tiempo que expone el resultado de su reflexión como hombre de acción y la aproximación científica acerca de la disminución de la incertidumbre, destacando la presencia de la planificación para enfrentar el azar.

Ciertamente, la planificación administrativa dirigida a los asuntos urbanísticos tiene que atender la gestión de decisiones en el espacio donde surgen y se desarrollan los procesos de cambio en los distintos ámbitos de la vida en sociedad y se realizan las mayores y mas variadas expectativas, en el devenir de un constante movimiento que se desenvuelve en un ambiente caracterizado por su heterogeneidad, en el cual siempre encontraremos espacios que se identifican como mas vulnerables, y que son tales por estar asociados con la vulnerabilidad de sus habitantes.

Esta situación ocurre en atención a las condiciones de vida, particularmente la pobreza, que viene determinada por términos de déficit de las condiciones de salubridad, instalación y operación de servicios, empleo y movilidad que se concretizan en pobreza y discriminación; en definitiva son déficits de incorporación de esa población a la plena vida urbana, y ese es el desafío de la sociedad que debe adelantar la administración mediante políticas de desarrollo humano conducentes a urbanizar plenamente a la población.

Desde la óptica de la racionalidad confirmamos que, en términos básicos, el objeto de la planificación es la gestión, las actuaciones previstas por el agente para la obtención de resultados entendidos como fines u objetivos, con lo cual, por definición, no se planifica para imprevistos, pues dejarían de serlo, aún cuando se pueda contar con protocolos o medidas de emergencia calculadas para situaciones de esa naturaleza. Es indiscutible que la experiencia contribuye a mejorar la preparación, sin embargo, no se trata de impedir que la situación imprevista suceda y produzca la emergencia, sino de disponer de un contingente instrumental de actuación que facilite la gestión de la situación para reducir los efectos negativos o acortar los lapsos para superar el momento de crisis. Es construir una suerte de reserva logística y operacional disponible para afrontar las situaciones de emergencia mediante actuaciones diseñadas para la contingencia, con lo cual se puede disminuir razonablemente la necesidad de acudir al empleo de mecanismos de excepción que tienden a abrir el espacio para respuestas irracionales, arbitrarias o autoritarias que desbordan los límites del ejercicio legítimo de la autoridad.

Por lo tanto, como colofón de este punto del análisis es conveniente insistir en que, la expresión *planificación urbana* y la usual alusión al *plan de la ciudad*, no pueden aludir a la ciudad como objeto planificado, pues lo que se planifica no es la ciudad sino la actuación de la administración o las administraciones sobre la ciudad. La ciudad es el receptor de las decisiones planificadas y sujetas a evaluación a los efectos de determinar la eficiencia de los agentes en cuanto al cumplimiento de los objetivos planteados; de este modo, el alcance temporal de los planes, en cuanto a las referencias que se hacen comúnmente sobre corto, mediano y largo plazo, están referidas a la determinación de las metas propuestas y no al momento de las decisiones de gestión, pues resulta absurdo que se pueda anticipar en diez o quince años el momento de la decisión que se ha de tomar, aunque si es factible y deseable poder anticipar el futuro de las decisiones adoptadas ahora.

En efecto, poco o nada aportan los documentos identificados como planes, que se limitan a contener un elenco de propuestas o a indicar el rol que debe jugar cada uno de los "actores" que en muchos casos no están sujetos al alcance de ese documento, o incluso a determinar lo que convendría hacer mas adelante; por consiguiente, resulta plenamente adecuado

entender que la estrategia corporativa no se refiere a presentar un listado de las decisiones que se adoptarán en el futuro, sino al efecto futuro que tendrán las decisiones del presente¹⁹.

En resumen, la planificación anticipa resultados esperables en función de las actuaciones que los agentes realicen efectivamente y el debido seguimiento que se mantenga sobre tales actuaciones y sus consecuencias para producir los ajustes oportunos como expresión del carácter permanentemente dinámico e instrumental de la planificación.

III. CONCLUSIÓN

En conclusión, una buena porción de los dispositivos regulatorios aplicables a las determinantes urbanísticas, así como los controles derivados de estos dispositivos, se alojan en el ámbito sustantivo de la salubridad, pero además, desde el punto de vista de la prospectiva, la posibilidad de actuar con anticipación, a los fines de provocar la existencia de condiciones adecuadas para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, en materia de salud y salubridad encuentra el más adecuado encuadramiento en los espacios urbanos y en las múltiples actividades que en ese aspecto permite desarrollar la ciudad y el funcionamiento de la sociedad urbana, desde las posibilidades de indagación y producción científica propia de los centros hospitalarios y de investigación, o la atención ciudadana en centros de atención inmediata o especializada pasando por los mecanismos de producción tecnológica, técnica y farmacológica; la producción y difusión de programas educativos de vasto alcance, la formación y perfeccionamiento permanente de personal profesional y técnico entrenado en protocolos sanitarios, son solo ejemplos de actuaciones eficaces en el campo de la salud, que no encuentran en un nicho más adecuado para su desarrollo eficiente que el ambiente de la ciudad, sin contar con el hecho de que son las aglomeraciones urbanas las que por sus mismas características funcionales generan mayores demandas en estos asuntos, convirtiéndose en el mercado natural para producir las instalaciones y cumplir las actuaciones requeridas como respuestas de gestión urbanística. De allí el estrecho vínculo entre ciudad y salubridad, a lo que se debe agregar la presencia, no incidental, de los elementos jurídicos de diversa índole que arropan las innumerables situaciones y relaciones relevantes desde el punto de vista jurídico, que se hacen presentes para tejer una extensa red integradora de esta particular alquimia.

Por las mismas razones tampoco es casual que en el extenso y complejo mapa de las estructuras integrantes de las Administraciones públicas, los entes locales aparezcan como primera línea de contacto con los temas de salubridad asociada al urbanismo, por lo que, aún sin agotar el arsenal de respuestas a estos temas, los municipios actúan como la epidermis del aparato administrativo público, en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, y por ello, se destaca el Derecho administrativo como el instrumental de actuación aplicable.

En conclusión, los asuntos propios de la salud, la ciudad y el Derecho administrativo son, en su conjunto, un tema cargado de longevidad que, sin embargo, mantiene mucha actualidad por lo que pasa a ser una cuestión intemporal de constante interés, presencia y utilidad, en fuerza de lo cual se impone su adecuado conocimiento y difusión, en tanto esto permitirá facilitar la producción de respuestas eficientes a los desafíos cotidianos.

Es bien cierto que existen déficits históricos e inaceptables en materia de salubridad asociados a las condiciones de vida de las ciudades, así como condiciones insatisfactorias que perjudican a la población en general. Tal circunstancia obliga a recordar el carácter permanente y constante que tiene este tema, lo que, unido al potencial estratégico del entorno urbano para atender con mayor eficiencia y eficacia estos asuntos no deja espacio a las excusas

¹⁹ Al respecto véase: Beer, Stafford. *Platform for change*. John Wiley & Sons Ltd. Londres, 1975.

por la negligencia que afecta a la ciudadanía en su conjunto, desmejorando directamente su calidad de vida en cuanto a lo biológico, pero empobreciendo todas sus facetas, pues un ambiente de salubridad pobre o deficiente determina un franco detrimento para el empleo, la economía, la educación, la cultura, en fin, para todas las expresiones de la vida en sociedad.

Por ello, los parámetros de valoración de la gestión pública apuntan a la concepción de la buena administración como una constante conductual de todos los días, que se debe reforzar ante la presencia de momentos de envergadura excepcional, esto es, frente a los desafíos que se plantean en circunstancias límite como puede serlo la pandemia del coronavirus COVID-19, pero no puede reducirse a la procura de respuestas únicamente frente a situaciones de esta naturaleza.

En el ambiente del Estado democrático se debe alojar con comodidad la figura de la buena administración, lo que no permite el antagonismo entra categorías tales como salud y libertad, planteando una fórmula selectiva de selección en la cual se debe optar por sacrificar alguna de ellas frente a la preservación de la otra; la idea de buena administración impone la obligación inexcusable de preservar ambos valores con habilidad, capacidad de gestión y entereza ética, sorteando las dificultades que ello comporte, para mantener la primacía de la dignidad del ser humano.

EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR PARTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Freddy J. Orlando S.*

Doctor en Derecho

Resumen: *El presente trabajo aborda la evolución que ha tenido el derecho a la defensa en las diferentes leyes que regulan las actividades de la máxima oficina de control fiscal externo de Venezuela, en los procedimientos de perquisición y determinación de responsabilidad administrativa.*

Palabras Clave: *Derecho a la defensa. Contraloría General de la República. Potestad investigativa y sancionatoria.*

Abstract: *This work addresses the evolution of the right to defense in the different laws that regulate the activities of the highest external fiscal control office in Venezuela, in the procedures of investigation and determination of administrative responsibility.*

Key words: *Right to defense. Comptroller General of the Republic. Investigative and sanctioning power.*

I. PRELIMINAR

Es un verdadero honor contribuir con el presente trabajo en la ocasión de celebrarse un nuevo aniversario de la *Revista de Derecho Público*. En esta oportunidad se trata de su cuadragésimo aniversario.

En efecto, la Revista de Derecho Público surgió a la luz pública en marzo de 1980 gracias a la iniciativa, dedicación e impulso que le dio a la idea, nuestro querido Maestro Allan Randolph Brewer-Carías cuando concibió el proyecto.

Como bien lo dijo el Profesor Antonio Moles Caubet en la nota de presentación del primer número de la revista, la presencia de Brewer en la dirección del Comité de Redacción, es “una garantía de la calidad y perdurabilidad de la Revista que acaba de nacer, dada su “inteligencia, laboriosidad y entusiasmo”. El presagio del Profesor Moles no pudo ser más acertado.

En el lapso de los primeros cuarenta años a los que ha arribado este importante y fundamental medio de transmisión de ideas e información en el ámbito del Derecho Público, el país ha pasado, desde el punto de vista institucional, de un extremo a otro.

* Doctor en Derecho. Profesor jubilado de las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello. Ex presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Ex presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

Conoció y experimentó lo que es vivir bajo un régimen de gobierno democrático –con sus imperfecciones– y ha padecido en los últimos veinte años, uno dictatorial, cruel y corrupto que ha destrozado y transformado en ruinas, los elementos integradores del Estado de Derecho.

En efecto, cuando en 1980 salió a la luz pública la Revista de Derecho Público, Venezuela venía de ser gobernada por los siguientes presidentes, civiles y democráticos: Rómulo Betancourt, 1959-1964; Raúl Leoni, 1964-1969; Rafael Caldera, 1969-1974; Carlos Andrés Pérez, 1974-1979 y Luis Herrera Campíns, quien estuvo al frente del país entre 1979 y 1984. Luego proseguirán Jaime Lusinchi, 1984-1989 y nuevamente Carlos Andrés Pérez para el periodo 1989-1993. Sin embargo, como es sabido, éste no pudo completar el quinquenio ya que fue objeto de un antejuicio de mérito, y posterior enjuiciamiento, bajo la acusación de haber incurrido en el delito de malversación de fondos públicos.

Ciertamente, el 21 de mayo de 1993 la Corte Suprema de Justicia declaró con lugar la solicitud de un antejuicio de mérito introducida dos meses antes por el Fiscal General de la Republica, habida cuenta del empleo de recursos para la seguridad del Estado venezolano en beneficio de la seguridad de la presidenta nicaragüense Violeta Chamorro. Al día siguiente de la mencionada declaratoria con lugar, el Congreso decidió la separación de su cargo.

Los nueve meses que faltaban para que el presidente Carlos Andrés Pérez completara su período presidencial, fueron cubiertos inicialmente por el Dr. Octavio Lepage, en su condición de presidente del Congreso, mientras el parlamento se reunía y escogía al sucesor. Una vez que el Congreso votó por el Dr. Ramón José Velásquez, éste completó el quinquenio iniciado por el presidente Pérez.

Las elecciones realizadas en diciembre de 1993 para la elegir al presidente que gobernaría entre 1994 y 1999, dieron triunfador al presidente Rafael Caldera para una segunda oportunidad al frente de la primera magistratura del país.

El derrumbe del Estado de Derecho comenzó con el sucesor del Dr. Caldera, el ex golpista Hugo Chávez quien con el apoyo inicial de muchos sectores de nuestro país, se aprovechó de las bondades del sistema democrático consagrado en la Constitución de 1961 para comenzar a desmantelarlo desde el mismo día que asumió el poder. En efecto, ese día anunció y puso todo su empeño para materializar, como ocurrió, un referéndum dirigido a dictar un nuevo texto fundamental sin que ello fuera jurídicamente posible, pues el texto constitucional vigente no lo preveía.

Después de entrar a regir en 1991 la nueva Constitución producto del mencionado referéndum, la tarea de remplazar el ordenamiento existente, con base en la Constitución de 1961, no cesó y la ha venido completando su fraudulento sucesor con toda suerte de tergiversaciones, manipulaciones, distorsiones, violaciones abiertas y descaradas, especialmente de las normas de la propia Constitución relativas al principio de separación de poderes, de las del sistema electoral, de las concernientes al control del poder y protección de los derechos humanos, entre otras. Todo ello, con el apoyo del irrito Tribunal Supremo de Justicia y, en particular, de su Sala Constitucional, también irritamente conformada.

Este conjunto de aberraciones las ha denunciado en forma reiterada el Profesor Brewer-Carías en una diversidad de obras que pueden ser consultadas en su página web, demostrativas a la vez, de su incansable lucha en pro del establecimiento de un verdadero y moderno

Estado de Derecho que permita el desarrollo, tan anhelado, de nuestra Venezuela y, por supuesto, en un considerable caudal de trabajos publicados en la Revista de Derecho Público¹.

El desmantelamiento de los principios concernientes al Estado de Derecho, el desconocimiento de las garantías fundamentales y la violación sistemática de los derechos humanos que ha venido ocurriendo ininterrumpidamente a partir del 2 de febrero de 1999, fecha en la que Chávez accedió al poder, está claramente expresado, como si de una radiografía se tratara, en los diferentes números de la Revista de Derecho Público que hoy homenajeamos.

Durante todo ese tiempo, además del Profesor Brewer con su indetenible producción jurídica, han dejado igualmente testimonio de lo acontecido en el ámbito del Derecho Público venezolano, una enorme cantidad de autores que no han perdido ni un momento para formular denuncias y críticas a todas las infracciones ocurridas contra las instituciones del Estado de Derecho.

Esa historia de lo sucedido en Venezuela que venimos de referir está reflejada, desde el punto de vista jurídico, en las distintas secciones de la revista, en particular, la concerniente a Estudios y Comentarios Jurisprudenciales.

Saludamos, pues, con el mayor entusiasmo el cuadragésimo aniversario de la Revista de Derecho Público.

II. EL DERECHO A LA DEFENSA, UNA GARANTÍA DE RANGO CONSTITUCIONAL

¿En qué consiste el derecho a la defensa? En sentido llano, debe entenderse por derecho a la defensa, la posibilidad cierta, garantizada en un ordenamiento jurídico, de que una persona pueda refutar, rechazar, argumentar en contra de la acusación de que haya sido objeto, ya sea ésta en el ámbito judicial o en el administrativo.

Sin embargo, lo que es preciso destacar es que el derecho a la defensa implica la existencia del verdadero equilibrio que el ordenamiento legal debe garantizar a las partes que se encuentren enfrentadas en una disputa, sea ésta de carácter administrativo o bien de índole judicial, sobre todo cuando una de las partes en esa contienda sea la propia Administración.

¹ Entre otras obras del Profesor Brewer, disponibles en <http://allanbrewercarias.com>: “*Usurpación Constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*”, Colección Estudios Jurídicos N° 121, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas. 2018.

“*Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*”, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2015.

“El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 180, Madrid 2009, pp. 383-418.

“Crónica Sobre La “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela”, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, N° 2, Caracas 2007.

“La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174.

Por ejemplo, la extinta Corte Suprema de Justicia, en la Sala Político-Administrativa, en sentencia del 2 de febrero de 1981, para referir un fallo de la etapa de la democracia en Venezuela, expresó que *“La defensa, el derecho a ser oído en todo estado y grado del proceso, debe acatarse y respetarse siempre, cualquiera sea la naturaleza del ‘proceso’ de que se trate”*.²

De igual manera, el 22 de abril de 1999, la entonces Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, antes de su insólito allanamiento por el régimen de Chávez, en una pacífica y entonces reiterada línea jurisprudencial, se pronunció en torno a esta misma materia, de la siguiente manera: *“La garantía del derecho a la defensa viene dada en el marco de un procedimiento administrativo determinado, por el deber de la administración de notificar a los particulares de la iniciación de cualquier procedimiento en el cual podrían resultar afectados sus derechos subjetivos e intereses legítimos, con el fin de que puedan acudir a él, exponer sus alegatos y promover las pruebas que estiman conducentes para la mejor defensa de su situación jurídica”*.³

El derecho a la defensa ha estado consagrado en las veintiséis Constituciones de Venezuela. La primera, la de 1811, lo reguló en los siguientes términos:

“160. Ninguno podrá ser juzgado, ni condenado al sufrimiento de alguna pena en materias criminales, sino después que haya sido oído legalmente. Toda persona en semejante casos tendrá derecho para pedir el motivo de la acusación intentada contra ella, y conocer de su naturaleza para ser confrontada con sus acusadores y testigos contrarios, para producir otros en su favor, y cuantas pruebas puedan serle favorables dentro de los términos reglares, por sí, por su poder, o por defensor de su elección, y ninguna será compelida, ni forzada en ninguna causa a dar testimonio contra sí misma como tampoco contra los ascendientes, ni colaterales, hasta el cuarto grado civil de consanguinidad, y segundo de afinidad”.⁴

La Constitución de 1999 lo previó en el numeral 1 del artículo 49 concerniente a la garantía relativa al debido proceso, de la siguiente manera:

“1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley”.

Como puede observarse, en las dos disposiciones transcritas, existen elementos similares que se han mantenido de manera inalterable, no obstante, la diferencia de 209 años que las separa.

De manera, pues, que el derecho a la defensa es una garantía fundamental de rango constitucional, que corresponde ejercer a toda persona ante una imputación de cualquier autoridad judicial o administrativa y en condiciones de plena igualdad e imparcialidad, de acuerdo con los procedimientos que prevea un determinado ordenamiento legal.

Se trata de la garantía que, a su vez, avala, salvaguarda y respalda, por decirlo de esta manera, el denominado “debido proceso”, ya que éste lo incluye como uno de sus elementos relevantes e integradores.

² Cfr. *Revista de Derecho Público* N° 5. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, pp. 110-111.

³ Cfr. *Revista de Derecho Público* N° 77-78/78-79. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 218.

⁴ http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-federal-de-los-estados-de-venezuela-21-de-diciembre-1811/html/86de8dbc-4b14-4131-a616-9a65e65e856a_2.html

En efecto, la vigente Constitución venezolana, erigió el “debido proceso” como una garantía fundamental de las personas y lo hizo en otra de sus disposiciones. Así consta en el artículo 26 que, copiado a la letra, expresa:

“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”.

La legislación internacional recoge el nexo existente entre el derecho a la defensa y la garantía del debido proceso en varios instrumentos fundamentales, propios de la era de la globalización que vivimos. Por ejemplo, en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; en el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y en los artículos 47 y 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Comunidad Europea de 7 de diciembre de 2000.

III. ELEMENTOS INTEGRADORES DEL DERECHO A LA DEFENSA

De lo precedentemente expresado se evidencia, que el derecho a la defensa, englobado con la garantía del debido proceso, constituye el escudo protector que tienen los ciudadanos ante las violaciones de cualquier otro derecho o garantía que le otorgue el correspondiente ordenamiento jurídico, ya sea que se trate de actuaciones o imputaciones emanadas de autoridades administrativas o judiciales, e incluso cuando provengan de otro particular.

Siendo esto así, el derecho a la defensa comprende una gama de posibilidades de actuación a través de las cuales se rechazan las agresiones, arbitrariedades y violaciones ocurridas; se persigue, que éstas dejen de producirse y que se restituya el goce de los derechos conculcados.

Por ello, el derecho a la defensa engloba el derecho a argumentar libremente, sin amenazas o coacciones; el derecho a ser oído; el derecho a contradecir, rechazar, u objetar imputaciones, acusaciones, calumnias, falsedades; en la hipótesis de acusación de un delito, el interesado tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad; derecho a ser informado con prontitud, de manera detallada, de todo lo concerniente a la naturaleza y causa de la acusación de que es objeto. Del mismo modo, el derecho a la defensa comprende el derecho de disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; el derecho a promover pruebas y a rechazar las que se produzcan en contra; el derecho a ejercer todos los recursos, administrativos o judiciales que prevea el ordenamiento legal, por ejemplo, los de reconsideración, jerárquico, revisión, reposición, apelación, casación, amparo; el derecho a estar asistido de un abogado de la libre escogencia del interesado o de uno que le proporcione el Estado si careciere de recursos económicos; y, finalmente, que el procedimiento o juicio de que se trate, sea público, llevado, conducido o tramitado por una autoridad o por un tribunal competente, independiente e imparcial, por el denominado “juez natural”.

Como puede observarse, el derecho a la defensa, englobado dentro de la garantía del debido proceso, busca prevenir cualquier tipo de arbitrariedad, independientemente de que las imputaciones o acusaciones provengan de autoridades administrativas, judiciales e incluso de particulares. De igual modo procura evitar condenas, ilegales, arbitrarias o injustas. Persigue, en fin, que el procedimiento o, en su caso, el proceso, tenga por finalidad la búsqueda de la verdad.

De todo lo que precede, deriva que el derecho a la defensa es una de las garantías fundamentales de todo acusado o imputado, razón por la cual tiene que estar previsto en la legislación de cualquier Estado de Derecho y estrictamente observado por quienes tienen la obligación de velar por su efectiva vigencia.

Ahora bien, no sobra recordar en este momento, habida cuenta de lo que ha sucedido en Venezuela durante el período de la llamada “revolución bolivariana o del socialismo del siglo XXI”, que para que pueda hablarse con propiedad de la existencia de un Estado de Derecho, se requiere, que todos y cada uno de los elementos que lo integran, tengan verdadera vigencia. De lo contrario, garantías como las precedentemente mencionadas no serán otra cosa que “letra muerta”, como ocurre desde hace más de veinte años en nuestro país.

En efecto, es indispensable que exista una efectiva separación de poderes; se requiere una estricta observancia del principio de la legalidad; es necesario que la igualdad ante la ley no sea una quimera; que el respeto a la dignidad humana sea cierto; que se observe de manera efectiva el principio de seguridad jurídica, una de cuyas manifestaciones más importantes es la cosa juzgada; que existan previsiones acerca del régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado y de sus agentes, cuando de sus actuaciones u omisiones deriven daños morales o patrimoniales a las personas o a sus bienes; es fundamental que los funcionarios que tengan la atribución de rendir cuenta de los recursos presupuestarios que hayan manejado o de los bienes por ellos administrados o custodiados, lo hagan oportunamente y que los organismos encargados de examinarlas actúen con total certeza y efectividad.

La relación de estas garantías con otras que son afines o consecuencia de las anteriormente nombradas, no sólo deben estar entrelazadas formando un sólido tejido, sino que es requisito indispensable que en la práctica sean observadas y respetadas y con garantía plena de ser ejercidas libremente, sin presiones o coacciones indebidas. Sólo así se pondrá de manifiesto la existencia de un verdadero Estado de Derecho.

IV. EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA A CARGO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA⁵

El derecho a la defensa en el procedimiento para determinar hechos irregulares con ocasión de la administración, manejo, custodia e inversión de fondos y bienes públicos, y, por lo

⁵ Este tema ha sido estudiado en diferentes ocasiones por distinguidos autores. En este sentido puede consultarse en la obra colectiva “*Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público*”, Universidad Central de Venezuela. Instituto de Derecho Público, Caracas 1985, los trabajos de los siguientes autores: Lares Martínez, E. “La Responsabilidad Civil del Funcionario Ante la Administración”, p. 217 y ss.; Rondón De Sansó, Hildegard “La Responsabilidad Administrativa y la Responsabilidad Disciplinaria en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público”, p. 241 y ss.; Mejías Gilberto, “La Responsabilidad Administrativa a la luz de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y otra Leyes fiscales”, p. 279 y ss.; Brewer-Carías, A.R. “La Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios Públicos”, 309 y ss.; Avellaneda Sixto, Eloísa y Pinto D’Ascoli, Alexis “La Responsabilidad de los Funcionarios Públicos con Especial Referencia a la Responsabilidad Administrativa y Disciplinaria”, p. 379 y ss.; Sánchez Falcón, Enrique “La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y la Contraloría General de la República”, p. 525 y ss.; Rachadell, Manuel “Los Recursos Contra el Auto de Responsabilidad Administrativa”, p. 553 y ss. También puede verse Orlando S., Freddy J. “La Potestad Inquisitiva de los Órganos de Control Fiscal y la Determinación de la Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios Públicos”. Tercera edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2010.

tanto, investigar exactamente lo sucedido con miras a sancionar la autoría de tales hechos, ha estado regulado en las diversas leyes atinentes a la actividad del control fiscal externo desde la creación de la Contraloría General de la República en 1938. Cuatro en total.

La primera de dichas leyes fue la Ley de la Hacienda Pública Nacional, reformada el 15 de enero de 1938⁶, precisamente para crear a la Contraloría General de la Nación, como se denominó originalmente esta institución. Estuvo vigente, en cuanto a la materia antes mencionada, hasta el 6 de julio de 1975, fecha en que entró a regir la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, es decir, la primera con esa denominación y con normativa propia en lo concerniente al derecho a la defensa en el aludido procedimiento investigativo y de determinación de responsabilidad administrativa.⁷

La nombrada Ley de 1975 fue objeto de una reforma muy importante en 1984, sobre todo en el ámbito de las averiguaciones administrativas y la determinación de responsabilidades, sin que ello implicara alguna desmejora en cuanto al ejercicio del derecho a la defensa. Fue abrogada por la del 13 de diciembre de 1995 que entró en vigor el 1º de febrero de 1996, es decir, el tercer texto legal concerniente a la institución superior de control fiscal externo de nuestro país. Este instrumento legal, de la misma manera que el que le antecedió, garantizó plenamente la posibilidad de defensa del inculpado en el procedimiento investigativo y de declaración de responsabilidad administrativa. Reguló en forma detallada, el régimen de impugnación contra los actos declaratorios y sancionatorios emanados de los precitados procedimientos de la Contraloría General de la República en materia de investigación y de determinación de responsabilidad administrativa.

El último instrumento legal que analizaremos es la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 de fecha 17 de diciembre de 2001, reformada el 23 de diciembre de 2010.⁸

Los textos legales antes referidos han consagrado, como dijimos, el derecho a la defensa en el mencionado ámbito, según la evolución, desarrollo y amplitud que esta garantía ha tenido en nuestro país a través del tiempo, como lo veremos a continuación:

Durante la vigencia de la citada Ley de la Hacienda Pública Nacional puede afirmarse, sin ambigüedad alguna, que el ejercicio del derecho a la defensa en el procedimiento investigativo dirigido a determinar responsabilidad administrativa fue absolutamente inexistente, toda vez que la norma que regulaba dicho procedimiento –el artículo 172 en su ordinal 7º– expresaba que en caso de faltas, omisiones o negligencias de empleados o de extraños que tuvieran a su cargo o intervinieran en cualquier forma en la administración, recaudación, custodia o inversión de fondos o bienes nacionales de cualquier género, inclusive materiales, debía dictarse un auto que ordenaba la sustanciación del expediente administrativo. Esto implicaba la citación y comparecencia de testigos y hasta del propio indiciado sin que éste supiera –pues no se le informaba– en qué condición lo hacía.

Además, le estaba vedada la posibilidad de acceder al expediente del caso, ya que se consideraba que la investigación era secreta y preparatoria de las acciones que correspondía

⁶ Gaceta Oficial N° Extraordinario del 15 de julio de 1938.

⁷ Gaceta Oficial N° 1.712 del 06 de enero de 1975.

⁸ *Cfr.* Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010.

intentar al Fiscal General de la República.⁹ Concluida la investigación, el auto de cierre, según el citado artículo 172, podía ser de sobreseimiento, de absolución o de culpabilidad. En este último supuesto, si se trataba de hechos que revestían carácter delictivo, lo que procedía era la remisión a un tribunal competente en materia penal para que continuara la correspondiente instrucción.

El criterio conforme al cual no existía indefensión del inculpado en el citado procedimiento de determinación de responsabilidad estaba avalado por dictámenes de la consultoría jurídica de la propia Contraloría de la República, así como de la Procuraduría General de la República. Uno y otro sostenían que la decisión que se dictaba no afectaba al investigado, “pues como lo señala la parte final del aparte 2° del ordinal 7° del artículo 172, cuando hay culpabilidad la ‘Sala dispondrá que se siga el procedimiento que corresponda al caso’”.¹⁰ Como bien lo señaló el Profesor Brewer en un estudio sobre la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos, se trataba de un procedimiento: “violatorio de las garantías mínimas de la defensa”¹¹

Este texto legal, en esta materia, constituyó la evidencia más palpable de la precariedad en el campo del derecho a la defensa, particularmente en procedimientos de la señalada índole, habida cuenta que el desarrollo de esta garantía comenzó a cobrar fuerza en la misma medida que la Constitución de 1961 fue ampliando espacios y el Derecho Administrativo inició un sin igual e importante progreso en nuestro país, aunado al hecho de que la Sala Política Administrativa, así como la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, una y otra, con sus importantes sentencias fueron elaborando una jurisprudencia, sobre todo en materia de respeto a las garantías constitucionales y, en particular en la esfera del derecho a la defensa, que no la superó la época del socialismo del siglo XXI; por el contrario, ésta fue totalmente desdeñada a través de criterios dirigidos únicamente a apuntalar el régimen dictatorial que ha existido en estos últimos veinte años y, por supuesto en detrimento de los avances que se habían logrado en ese terreno.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (LOCGR) de 1975, segundo instrumento legal en materia de control fiscal externo, como se dijo antes, constituyó un paso de avance, tanto por lo que respecta a las averiguaciones administrativas, como en lo concer-

⁹ “Respecto al pronunciamiento que se pide sobre por qué las actuaciones en el procedimiento administrativo no pueden ser vistas ni leídas aún por el mismo investigado; la razón es que la averiguación administrativa que a tenor de lo dispuesto en el ordinal 7° del artículo 172 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional abre la Sección Sexta de la Sala de Control, no tiene carácter contencioso y es una inquisición de jurisdicción voluntaria que efectúa la Contraloría con el fin de poner en claro un hecho o hechos presumiblemente irregulares”. *Vid.* Dictamen N° 922 del 28-12-1962. “Dictámenes de la Consultoría Jurídica de la Contraloría General de la República”. Tomo II. Ediciones de la C.G.R. Caracas 1968. *cit.*, p. 61

¹⁰ “Hemos dicho que estas decisiones de la Contraloría, tomadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 172, numeral 7, de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, no son recurribles, pues, como actos administrativos, no son definitivos; es decir, no causan, ‘per se’, efectos jurídicos sobre las personas en quienes recaen. Son simples presupuestos, no vinculantes, para la decisión final (aplicar o no una sanción) que tomará la administración activa. Es cierto que causan estado, o sea, no son revisables en vía administrativa y constituyen la culminación del procedimiento inquisitivo previsto en la citada norma; pero son sólo previos o preparatorios del acto realmente definitivo que es aquel por el cual se aplica la sanción.”. *Vid.* Doctrina de la Procuraduría General de la República 1969. p. 73.

¹¹ *Cfr.* Brewer-Carías, A. R., “La Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios Públicos”. *Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público*. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. UCV, Caracas 1985, pp. 325-326.

niente al régimen del derecho a la defensa en esta materia. La norma que consagró el ejercicio de la potestad investigativa y de determinación de responsabilidad administrativa fue el artículo 81 cuyo texto era el siguiente: “La Contraloría podrá realizar investigaciones en todo caso en que surgieren indicios de que funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias. Esta averiguación procederá aun cuando dichas personas hubieren cesado en sus funciones”.

El derecho a la defensa de los indiciados en dicho procedimiento quedó garantizado, por ejemplo, al establecerse la obligatoriedad de expedir actos de citación o de notificación de las personas involucradas en una investigación, independientemente de que tuvieran el carácter de testigos o de indiciados y con indicación del motivo de su solicitud de comparecencia; asimismo, al consagrarse, expresamente, la posibilidad de recurrir, en sede administrativa, las decisiones declaratorias de responsabilidad administrativa.

En efecto, fue novedoso entonces que esta ley estableciera tres tipos de recursos administrativos, a saber: el recurso de reconsideración, el recurso jerárquico y el recurso extraordinario de revisión. El artículo 96 contempló expresamente el recurso de reconsideración al señalar que “El Contralor, y los funcionarios que actúen por delegación, podrán, de oficio o a petición de parte, reconsiderar sus decisiones por razones de legalidad o de mérito. No habrá lugar a la reconsideración si ya hubiere sido interpuesto un recurso para ante la jurisdicción contencioso-administrativa y esté pendiente de decisión”. La interposición de este recurso no era requisito para que se tuviera por agotada la vía administrativa, según lo disponía así el artículo 97 de esa misma Ley.

Por lo que respecta al recurso jerárquico, la ley ordenó: “Cuando la reconsideración sea objeto de un recurso, éste deberá interponerse, mediante escrito razonado, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que el interesado tuvo conocimiento del acto”.

El artículo 99 consagró por vez primera en nuestro país, el recurso extraordinario de revisión, cuya particularidad era que procedía incluso contra las decisiones que hubieran “quedado firmes por haberse vencido el lapso para ejercer el recurso contencioso-administrativo o porque éste hubiese sido desestimado jurisdiccionalmente” y, acotaba la norma, “Este recurso sólo podrá interponerse por ante el Contralor y fundamentado en hechos sobrevinientes o desconocidos para el momento en que se tomó la decisión. Contra la decisión del recurso de revisión no se admitirá recurso alguno ni administrativo ni jurisdiccional”.

Sin embargo, debe señalarse que fue en el Reglamento Interno del organismo contralor, dictado por el contralor José Muci-Abraham mediante Resolución N° J.217 del 22 de abril de 1975, donde quedó plasmado, en forma amplia y detallada, el derecho a la defensa en el aludido procedimiento investigativo y de determinación de responsabilidades. Sin lugar a duda, fue la manera de corregir las deficiencias e injusticias que habían tenido lugar bajo la aplicación de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

En contraste con el precitado instrumento legal, el artículo 96 de dicho Reglamento interno, disponía lo siguiente: “Las averiguaciones que practique la Contraloría serán reservadas, salvo para el indiciado, desde que se le haya informado de los cargos que existan en su contra. Sólo él o los funcionarios encargados de la averiguación tendrán acceso al expediente respectivo...”¹²

¹² Vid. Gaceta Oficial N.º 1735 Extraordinario, del 30 de abril de 1975.

Adicional a lo anterior, cabe expresar que durante la vigencia de la mencionada Ley entraron a regir dos textos legales de singular importancia por el fortalecimiento que le imprimieron al ejercicio del derecho a la defensa de las personas incursoas como presuntos responsables en los referidos procedimientos de determinación de responsabilidad administrativa. Se trató, por una parte, de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (LOSPP),¹³ que le confirió competencias a la Contraloría General de la República en el control de las declaraciones juradas de patrimonio, actividad que antes ejercía la denominada Comisión Investigadora de Enriquecimiento Ilícito, cuyo funcionamiento estaba previsto en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de 1964, en la apreciación de indicios de responsabilidad civil y penal y, especialmente, en la determinación y sanción a los que resultaran declarados responsables administrativamente. El otro instrumento legal, fue la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA).¹⁴

La LOSPP en la materia a la que se contrae el presente estudio introdujo, por ejemplo, una categoría de ilícitos administrativos perseguibles a través del aludido procedimiento de determinación de responsabilidades administrativas. Tipificó, entre otros, el manejo ilegítimo de cuentas bancarias, el endeudamiento no autorizado y el sobregiro bancario, con lo cual ya no era cualquier falta, omisión, error o negligencia en la administración de fondos presupuestarios lo que impulsaba el procedimiento investigativo o de averiguación administrativa, que era lo que ocurría bajo la aplicación de la Ley de la Hacienda Pública.

En cuanto a la LOPA, es menester expresar que se constituyó en un instrumento muy importante, estrechamente relacionado con el derecho a la defensa en el ámbito del procedimiento de averiguaciones y determinación de responsabilidad administrativa, habida cuenta su rol regulador de las relaciones jurídicas entre los administrados y la Administración y guía efectiva para que la Administración Pública cumpliera sus cometidos con estricta observancia del principio de la legalidad.

En consecuencia, tuvieron aplicación en el procedimiento investigativo y de determinación de responsabilidades, todas las disposiciones de la LOPA que no estaban contempladas en la LOCGR ni en sus Reglamentos. Entre otras, las relativas a la representación del interesado por carta poder, caso de que no se requiriera su comparecencia personal. (Art. 25 y 26); la concerniente a que la carga de la prueba de las imputaciones formuladas al investigado estaban a cargo de la CGR (Arts. 53 al 56); el deber de los funcionarios responsables de la sustanciación y decisión de las averiguaciones administrativas de inhibirse de seguir conociendo cuando se dieran los supuestos para ello previstos en esta Ley (Art 36 al 40); la exigencia de decidir los recursos en los plazos previstos en este instrumento legal (Art. 91 y 94); la relativa a que la decisión fuera motivada (Art. 9) y contuviera las menciones acerca de los datos identificatorios del ente que emite el acto, fecha y lugar, nombre del destinatario, resumen de los hechos, alegatos y disposiciones legales en las cuales se basaba la decisión, todos los datos que identificaran al autor del acto, su firma y el sello de la oficina. (Art.18)

Lo que perseguía esta última disposición era que no hubiere actuaciones anónimas de parte de las autoridades del Estado. Esto era importante a los fines del ejercicio del derecho a la defensa, porque el administrado podía verificar si el acto a él dirigido estaba ceñido a la Ley, si estaba motivado y si era dictado por una autoridad competente, es decir, investida de las facultades conferidas expresamente por un instrumento legal para actuar en nombre de la

¹³ Vid. Gaceta Oficial N.º 3077, Extraordinario, del 23 de diciembre de 1983.

¹⁴ Vid. Gaceta Oficial N.º 2.818 Extraordinario de 1º de julio de 1981.

Administración. También podía constatar si había indicación de los recursos que procedían contra esa actuación. En el supuesto de que las notificaciones no se ajustaran a estas exigencias de ley, entonces ésta expresaba que debían considerarse defectuosas y sin ninguna producción de efectos jurídicos (Art. 74).

Uno y otro instrumento legal vinieron, pues, a complementar la regulación existente en la Ley de la Contraloría General de la República de 1975, sobre todo en lo referente a la materia de las averiguaciones administrativas y la determinación de responsabilidades con motivo de la administración, manejo y custodia de fondos y bienes públicos.

El precitado Reglamento Interno de la Contraloría General de la República fue tan avanzado en cuanto a la protección del derecho a la defensa de los investigados en la aludida materia de las averiguaciones administrativas, que no obstante haber sido objeto de posteriores reformas, y también haberse reformado la LOCGR en 1984¹⁵, su articulado permaneció prácticamente inalterable. Los reglamentos dictados con posterioridad no derogaron ninguno de los avances logrados, sino que, por el contrario, varias de sus disposiciones llegaron a adquirir rango legal. En efecto, regulaciones de índole procedimental que no contemplaba la propia Ley de la Contraloría, aparecerán más adelante en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Así, los artículos 89 de la LOCGR y 69 del RICGR, dispusieron que cuando fuera menester tomar declaración a cualquier persona, se expediría la citación y al ser recibida por su destinatario, la persona citada a declarar tenía la obligación de comparecer y prestar testimonio en la misma forma establecida para los testigos o indiciados, según fuera el caso, en la legislación procesal común.

Los artículos 81 de la LOCGR y 66 del RICGR, ordenaron que las averiguaciones se efectuaran con la mayor celeridad y eficacia. Idéntica instrucción aparecerá en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA). Por su parte, la LOSPP, dispuso en su artículo 26 la obligatoriedad de motivar el auto que acordará iniciar la investigación, si de las inspecciones y fiscalizaciones surgían indicios de que se habían cometido actos violatorios de esta Ley.

Si el investigado atendía la citación, la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Dirección General de los Servicios Jurídicos le formulaba cargos y le concedía, un plazo no menor de quince (15) días continuos ni mayor de cuarenta y cinco (45) para contestarlos, acompañar pruebas y producir los documentos que estimara pertinentes en ejercicio de su derecho a la defensa. (artículo 64, RICGR). La decisión debía dictarse en un plazo no mayor de tres (3) meses de vencido el último lapso que se hubiere dado en ella para contestar cargos. Este lapso podía prorrogarse, previa autorización del Director General de los Servicios Jurídicos, mediante auto razonado por un lapso que no debía exceder de tres (3) meses. (Artículo 73, RICGR).

Uno de los aspectos más importantes desde el punto de vista del control que podían efectuar los interesados con fundamento en las normas de la LOPA, fue el relativo a la competencia de la autoridad para actuar. Muchas actuaciones de autoridades administrativas fueron anuladas por los tribunales contencioso-administrativos cuando éstos constataron que el autor del acto no estaba facultado por ningún instrumento legal para dictarlo.

¹⁵ La reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en diciembre de 1984 estuvo dirigida, fundamentalmente, a fortalecer la potestad investigativa en el ámbito de la determinación de responsabilidad administrativa y a delegar dicha potestad en los órganos de control interno de la administración pública.

Así, por ejemplo, mediante sentencia de fecha 6 de junio de 1985, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Luis Henrique Fariás Mata, declaró la nulidad de un acto declaratorio de responsabilidad administrativa, porque el pronunciamiento lo emitió una autoridad incompetente. Dijo la Sala lo siguiente: “El reglamento Interno de la Contraloría General de la República, instrumento normativo mediante el cual el Contralor asigna atribuciones a las Direcciones Generales de la Contraloría confiere a cada una de las que nos ocupan, la siguiente facultad: Abrir y tramitar averiguaciones administrativas sobre cualquier irregularidad o violación que observare en el ejercicio de sus funciones y que pudiera dar lugar a responsabilidad de funcionarios o particulares que tengan a su cargo o intervengan en la administración, manejo o custodia de ingresos, gastos, bienes o fondos de las entidades sujetas al control, vigilancia y fiscalización (...) las nombradas Direcciones sólo actúan dentro de la órbita de competencia que le es propia, cuando sus actos de control los refieran a la Administración Central, la una, y a la Administración Descentralizada, la otra. (...) En el caso, la Dirección de Control sobre la Administración Descentralizada dictó una decisión de culpabilidad administrativa en contra del recurrente, en razón de su desempeño como Ministro de Fomento. Según lo expuesto, dicha Dirección no era competente para proceder como lo hizo. (...)”¹⁶ (Los puntos suspensivos son nuestros).

La prenombrada reforma de esta Ley, ocurrida en 1984, no desmejoró en absoluto los avances alcanzados en el campo del derecho a la defensa en el procedimiento de averiguaciones administrativas y de determinación de responsabilidad que aparecieron en la Ley de 1975. Se centró como dijimos en precisar de manera más clara dicho procedimiento. Así, por ejemplo, el artículo 83, fue modificado en la siguiente forma: “Artículo 83. Iniciada la averiguación, la Contraloría reunirá las declaraciones, experticias, informes y demás elementos de juicio que estime necesarios para esclarecer la verdad de los hechos. Si en el curso de esta labor aparecieren indicios contra alguna persona, la Contraloría le ordenará comparecer dentro de los diez (10) días continuos a la fecha de la citación, en cuya oportunidad le tomará declaración y le impondrá de los cargos en su contra. Si el investigado no comparece a declarar se le impondrá la sanción prevista en el artículo 94 de esta Ley, sin perjuicio de que la averiguación continúe en ausencia”. También resultó modificado el artículo 84, cuya redacción fue la siguiente: “Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta (30) días, aplique razonadamente la sanción disciplinaria que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría”.

De manera, pues, que durante los 20 años de vigencia de la primera Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, sus reglamentos orgánicos e internos, su reforma en 1984 y la complementariedad que tuvo con la entrada en vigencia de la LOSPP y de la LOPA, el derecho a la defensa en el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa adquirió una solidez sin igual, que contrastó, notoriamente, con el período durante el cual dicho procedimiento estuvo soportado por las normas de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

El tercer texto legal en la materia que estamos abordando apareció publicado en la Gaceta Oficial N° 5.017 Extraordinario del 13 de diciembre de 1995, la cual estipuló que su vigencia tendría lugar el 1° de febrero de 1996. Esta nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se centró, fundamentalmente, en delegar en las unidades de control

¹⁶ Vid. *Revista de Derecho Público* N° 23. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1978, pp. 119 y 134-135.

interno existentes en todas la estructuras de la administración pública nacional, el control previo de los gastos y pagos, la contabilidad fiscal, la centralización contable y el registro de empleados públicos y ratificó la competencia para que sustanciara, dentro de la estructura administrativa a la cual pertenecían, los casos de averiguaciones administrativas que había regulado la reformada Ley de Contraloría en 1984.

En efecto, la citada ley de Contraloría, según lo disponía su artículo 126, les ratificó la competencia para el ejercicio de la susodicha potestad en cuanto a las fases de “apertura y sustanciación” se refiere. A las máximas autoridades jerárquicas de los entes donde existía un órgano de control interno, les reiteró la competencia para decidir los expedientes sustanciados por dichos órganos de control interno.

En cuanto a la tipificación de ilícitos administrativos que podían fundamentar la apertura de un procedimiento de determinación de irregularidades administrativas, tanto por parte de la Contraloría General de la República, como de los referidos órganos de control interno serían, en lo sucesivo, los 17 supuestos que taxativamente se indicaban en su artículo 113, ya que los que estaban previstos en la LOSPP se trasladaron a la LOCGR.

En materia de citaciones, tanto al inicio como en el curso de una averiguación administrativa, la ley en referencia, en sus artículos 117 y 118, remitía en forma expresa a las previsiones que al respecto estaban contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

Por lo que respecta al acto de formulación de cargos, su artículo 117 lo supeditó a la valoración que se hiciera de la declaración previamente rendida por el indiciado con ese carácter.

Atinente al lapso para contestar cargos, cuya regulación había sido siempre reglamentaria, pasó a tener un tratamiento en el texto de la ley. En efecto, el artículo 120 dispuso lo siguiente: “Las personas a quienes la Contraloría le hubiere formulado cargos, podrán contestar éstos mediante escrito razonado, dentro de los cuarenta y cinco días continuos siguientes a la fecha de formulación de tales cargos”, eliminándose de esta manera la discrecionalidad que tenía el sustanciador de fijar el plazo para contestar los cargos.

Finalmente, en lo que concierne al régimen de impugnación de las decisiones declaratorias de responsabilidad administrativa, la ley señalaba que el Contralor y los demás funcionarios de la Contraloría podían, en cualquier momento, revocar de oficio sus propias decisiones, siempre que las mismas no hubiesen originado derechos subjetivos o intereses legítimos que pudieran afectarse por la revocatoria. (Art. 132).

Con respecto al recurso de reconsideración, quedó establecido que contra los actos que dictara el Contralor o los funcionarios que actuaran por delegación de éste, los interesados podían interponer, por ante el Contralor, recurso de reconsideración cuando dichos actos lesionaran sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos. El recurso debía interponerse mediante escrito razonado, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación y decidirse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la interposición del recurso. (Art. 133).

De igual manera, este texto legal resolvió que contra los actos que dictaran los demás funcionarios de la Contraloría, los interesados podían interponer recurso jerárquico ante el Contralor dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del interesado, y debía decidirse dentro de los sesenta (60) días siguientes a su presentación. (Art. 134).

Atinente al recurso de revisión, dispuso se aplicará lo que al respecto regulaba la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Una mejora sustancial por la precisión contenida en esta Ley para reabrir la sede administrativa contra actos que habían quedado firmes si se daban los supuestos que contemplaba. (Art. 135).

De todo lo que precede resulta evidente que esta Ley, al igual que la del año 1975 junto a su reforma de 1984, significó un verdadero fortalecimiento del derecho a la defensa de quienes fueren objeto de la potestad de perquisición de irregularidades administrativas por parte de los órganos de control fiscal. Por supuesto que ello era consecuencia del desarrollo sostenido de las instituciones que le dan vida a un Estado de Derecho, siempre que exista real independencia de los órganos del poder público en el ejercicio de sus atribuciones; que la prensa no esté amordazada; que los periodistas puedan ejercer su profesión sin temor a represalias de funcionarios cuando las tropelías en las que éstos incurre sean llevadas a conocimiento público; en fin, cuando la Constitución y, particularmente las disposiciones que consagran la garantía del debido proceso y, específicamente, el derecho a la defensa, no sean letra muerta.

El siguiente texto legal, el cuarto, al que nos vamos a referir sobre el tema del derecho a la defensa en el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa, es la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, surgida durante la etapa del “socialismo del siglo XXI”, así denominado por sus protagonistas. Esta Ley fue publicada el 17 de diciembre de 2001 en la Gaceta Oficial N° 37.347, entró en vigor el 1° de enero de 2002 y fue objeto de una breve reforma el 23 de diciembre de 2010. En efecto, en esa ocasión, fueron modificados los artículos 11, relativo a los requisitos para ser Contralor General de la República; 29, atinente al procedimiento para designar a los contralores de los estados, de los municipios, de los distritos y distritos metropolitanos, supeeditado a lo que se estableciera en su reglamento; 75, concerniente a las normas a dictar para fomentar la participación de los ciudadanos; y el artículo 76 dirigido a la postulación, por parte de “los consejos comunales o las comunas”, de candidatos para integrar los órganos de control fiscal de los entes y organismos que conforman los ámbitos actuación del Sistema Nacional de Control Fiscal, regido por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Lo que sí varió radicalmente en la Ley de 2002, y persiste en la de 2010, fue la tipificación de hechos generadores de un procedimiento de averiguaciones administrativas. De diecisiete supuestos se llevó a treinta. En efecto, el artículo 91 contiene veintinueve supuestos y uno el 92. Otros tres supuestos están tipificados en los artículos 163, 164 y 165 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹⁷. La consagración expresa de supuestos de irregularidades administrativas en la LOGESNCF que podría considerarse como una verdadera reafirmación del principio *nullum crimen nullum poena sine lege*, en la práctica ha significado un retroceso tan grande que se ha producido un retorno a la época del procedimiento regulado en el artículo 172, ordinal 7°, de la primigenia Ley de la Hacienda Pública Nacional.

Ciertamente, el numeral 29 del artículo 91 ha dejado a discreción de la autoridad que adelante el aludido procedimiento, la determinación de la correspondiente irregularidad administrativa con base en la cual se inicia un procedimiento investigativo o se pronuncia la declaratoria de responsabilidad administrativa. La citada norma dice, textualmente:

¹⁷ Vid. Gaceta Oficial N° 6210 Extraordinario de 30 de diciembre de 2015.

“Artículo 91. Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal, y de lo que dispongan otras leyes, constituyen supuestos generadores de responsabilidad administrativa los actos, hechos u omisiones que se mencionan a continuación:

(...).

29. Cualquier otro acto, hecho u omisión contrario a una norma legal o sublegal al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno.”

La precitada disposición desdeña el requisito de la tipicidad, ya que deja a juicio de la autoridad contralora, por medio de una formulación genérica e imprecisa, determinar el “acto, hecho u omisión contrario a una norma legal o sublegal, al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno” y hace innecesarios los anteriores 28 supuestos capaces de producir una declaratoria de responsabilidad administrativa ya que todos se pueden subsumir en el mencionado numeral 29.

De manera pues que es lamentable que el derecho a la defensa en estos procedimientos investigativos y de determinación de responsabilidad administrativa, haya sufrido un embate que echó por tierra todo el avance alcanzado en la materia durante la época de los gobiernos civiles y democráticos que rigieron el destino de Venezuela entre 1958 y 1989.

Otro particular al cual debemos hacer mención es que esta Ley dividió el antiguo procedimiento de averiguaciones administrativas en dos. Uno, denominado investigativo, y el otro, llamado de determinación de responsabilidad administrativa. Uno y otro proceden cuando ocurre algún hecho que pueda subsumirse en cualquiera de los supuestos que están tipificados en los artículos precedentemente mencionados.

Las fases del procedimiento investigativo pueden abreviarse así:

1. Su inicio tiene lugar cuando un órgano de control fiscal externo, distinto a la Contraloría General de la República, considere que existen méritos suficientes para el ejercicio de la potestad de investigación prevista en el artículo 77 de la Ley. En ese supuesto, se dicta un “auto de Proceder” (Art. 73 del Reg. de la LOCGR)
2. Se forma y sustancia el expediente del caso (81 de la Ley y 74 de su Reg.)
3. Mediante oficio se ordena la comparecencia de quien amerite rendir declaración (Art. 77, núm. 1, in fine, reglamentario).
4. Al comparecer, se le imputan de manera específica y clara los actos, hechos u omisiones que pueden comprometer su responsabilidad, (Art.79, *ejudem*).
5. Acto seguido, se le permite al imputado el inmediato acceso al expediente y se abre un lapso de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación, más el término de la distancia cuando corresponda, para que exponga sus argumentos y promueva pruebas, y quince (15) días hábiles para evacuarlas.
6. Concluye este procedimiento con la elaboración del denominado Informe de Resultados. (Art. 81).

También en este ámbito se produjo una grave afectación al derecho a la defensa, toda vez que el artículo 78 del Reglamento de la LOCGRSNCF, dice en torno a la naturaleza del informe de resultados, lo que se copia de inmediato:

“Artículo 78. El informe de resultados constituye un acto de mero trámite cuyo contenido no implica pronunciamiento alguno que prejuzgue sobre la culpabilidad de los interesados legítimos”.

Con base en la norma precedentemente transcrita, la Contraloría General de la República ha venido sosteniendo que el informe de resultados no es recurrible porque, por una parte, es un “acto de trámite” y, por la otra, no existe en dicho informe “ningún pronunciamiento de culpabilidad”. Si bien ello es cierto, no lo es menos que el artículo 85 la LOPA, aplicable en esta materia como lo señalamos precedentemente, expresa que “Los interesados podrán interponer los recursos a que se refiere este Capítulo contra todo acto administrativo que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, cuando dicho acto lesione sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos”.

Adicional a lo antes expuesto, no puede existir ninguna duda de que el informe de resultados lesiona los derechos subjetivos e intereses legítimos de todo investigado, cuando el pronunciamiento final está dirigido a la prosecución del mismo asunto, ahora con el carácter de indiciado, en un procedimiento cuya finalidad es determinar si éste ha cometido una irregularidad administrativa para declarar su responsabilidad administrativa con todas las consecuencias que derivan de una decisión de esa índole, a las cuales nos referiremos más adelante.

Por lo que respecta a las etapas del procedimiento de determinación de responsabilidades, las podemos resumir de la siguiente manera:

1. En cuanto a los modos de proceder: el procedimiento puede iniciarse como consecuencia de las funciones de control; del Informe de resultados proveniente del ejercicio de la potestad de investigación; por denuncia de particulares; a solicitud de cualquier organismo o empleado público. (art. 96).
2. Se dicta el auto de apertura en el que se describirán los hechos imputados, se identificarán los sujetos presuntamente responsables con indicación de los correspondientes elementos probatorios y las razones que comprometen, presumiblemente, su responsabilidad.
3. Se procede a gestionar la notificación al imputado del auto de apertura.
4. Cuando esto ocurra, los interesados quedan a derecho para todos los efectos del procedimiento (art. 98) y se inicia el lapso de 15 días hábiles para la promoción de pruebas del imputado (art. 99).
5. Vencido el plazo arriba referido, se fija por auto expreso el décimo quinto día hábil siguiente, para que el interesado o su representante legal expresen, en forma oral y pública, ante el titular del órgano de control fiscal, o su delegatario, los argumentos que consideren les asisten para la mejor defensa de sus intereses. (art. 99).
6. En el día y hora fijados para que tenga lugar el acto oral y público de alegaciones del imputado, este se llevará a cabo con las formalidades descritas en el artículo 92 del Reglamento de la ley y concluido dicho acto, inmediatamente, la autoridad, de viva voz, dictará la decisión de absolución, de responsabilidad o de sobreseimiento, según sea el caso. (art. 101 y 103).

Tocante al régimen de impugnación de actos, los actos administrativos surgidos en los procedimientos investigativos y de determinación de responsabilidades, la LOCGRSNCF, previó los recursos de reconsideración y el extraordinario de revisión. En cuanto a los plazos para interponerlos, estos quedaron establecidos de la siguiente manera:

El recurso de reconsideración puede interponerse, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha en la que se haya pronunciada la decisión y debe ser decidido dentro de los quince días hábiles siguientes a su interposición. Si se trata de recursos contra las decisiones del Contralor General de la República o sus delegatarios, se podrá interponer recurso de nulidad por ante el Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de seis meses contados a partir del día siguiente a su notificación.

En el caso de las decisiones dictadas por los demás órganos de control fiscal se podrá interponer, dentro del mismo lapso de seis meses, recurso de nulidad por ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Atinente al recurso de revisión, se aplicará lo dispuesto al respecto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

A pesar de la previsión legal de las señaladas vías de impugnación contra actos surgidos de uno u otro procedimiento investigativo o de determinación de responsabilidad administrativa, lo cierto es que en los casos con un marcado interés político, es decir, todos aquellos en los que dichos procedimientos se han empleado contra dirigentes, diputados u opositores del régimen para apartarlos de la lucha política, el ejercicio de tales recursos ha sido en vano. En todos esos casos ha quedado evidenciado que la potestad investigativa y de determinación de responsabilidades y, consecuentemente, la potestad punitiva que la ley le ha conferido a la Contraloría General de la República ha sido ejercida para neutralizar conocidos adversarios políticos de la dictadura, de manera que, en su momento, no pudieran postular sus candidaturas a cargos de elección popular.

Es así, pues, que donde el derecho a la defensa salió todavía más lesionado en forma grotesca, fue en lo atinente a las sanciones que derivan de las decisiones que declaran responsabilidad administrativa, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 de la LOCGRSNCF, en todos los casos, procede la imposición de una multa “de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado”. Adicionalmente, la misma norma faculta al Contralor General de la República “de manera exclusiva y excluyente, *sin que medie ningún otro procedimiento*, acordar *en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo* por un período *no mayor de veinticuatro meses* o *la destitución* del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su *inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años...*” (subrayado y cursivas nuestras).

De la norma copiada *ut supra*, lo que se evidencia es la amplísima potestad punitiva que la ley le ha conferido al Contralor para que imponga sanciones accesorias a la de naturaleza pecuniaria antes aludida, en franca violación del derecho constitucional a la defensa, toda vez que, como fue dicho, el artículo 105 lo faculta para imponerlas sin seguir ningún procedimiento. Adicional a lo anterior, el criterio del citado funcionario ha sido el de que la facultad de inhabilitar comprende a quienes quisieran postularse para ejercer cargos de elección popular, lo cual es una verdadera aberración como nunca había ocurrido.

Esta disposición ha sido objeto de cuestionamiento por diferentes autores patrios. Por ejemplo, el Profesor Carlos Luis Carrillo Artilles, en un trabajo sobre una sentencia de la Sala Constitucional que declaró sin lugar la demanda de inconstitucionalidad contra el mencionado artículo y que lleva por título “La Paradójica Declaratoria de Constitucionalidad del Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Críticas y Reparos Frente al Procedimiento de Determinación de Responsabilidad y sus inexplicables consecuencias sancionatorias”, ha expresado lo que se copia de seguidas:

“Concebir que el Contralor General de la República pudiese dictar a su elección discrecional –una vez comprobada la responsabilidad administrativa– una sanción disciplinaria inaudita *alteram* parte, con prescindencia absoluta del procedimiento constitutivo previsto en la ley especial, y erróneamente considerando que se trata de una sanción de naturaleza puramente objetiva que precede eventualmente según también su discrecional visión a una sanción interdictiva de inhabilitación, constituye a todas luces una de las más desacertadas consagraciones normativas que jamás se ha configurado en nuestro devenir normativo venezolano...”¹⁸

En cuanto a la sanción de inhabilitación, que en opinión del mismo Contralor de la República abarca incluso a quienes aspiren desempeñar cargos de elección popular, el Profesor José Ignacio Hernández ha expresado: “...de acuerdo con los artículos 39, 42 y 62 de la Constitución, la inhabilitación política únicamente puede ser acordada por sentencia judicial definitivamente firme.

El artículo 105 de la LOCGRSNCF viola esas normas y, por ende, el derecho de participación política, al permitir que mediante un acto administrativo se acuerde la inhabilitación, decisión que, se insiste, únicamente puede ser declarada por el Poder Judicial, sin que pueda el Legislador ampliar tales supuestos de procedencia”.¹⁹

Ciertamente es lamentable que quienes han desempeñado la más alta jerarquía del órgano constitucionalmente autónomo, integrante del Poder Ciudadano y rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, como lo es la Contraloría General de la República, hayan violado, además, el artículo 8 de la LOCGRSNCF, conforme al cual “Las funciones que la Constitución de la República y las leyes atribuyen a la Contraloría General de la República y a los demás órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal deben ser ejercidas con objetividad e imparcialidad”, así como también el 25, numeral 2, *ejusdem*, que veda el proselitismo partidista de la gestión fiscalizadora en todos los estratos y niveles del control fiscal.

Para concluir consideramos pertinente expresar que el 19 de julio de 2016, la legítima Asamblea Nacional, electa el año anterior, aprobó una reforma de varias disposiciones de la LOCGRSNCF. La exposición de motivos precisaba el alcance de la potestad sancionadora en los términos que parcialmente de inmediato se copian:

“... La potestad del Contralor General de dictar como medida accesoria a la declaratoria de responsabilidad administrativa y la imposición de multas, la sanción de inhabilitación hasta por 15 años constituye una flagrante violación a la Constitución.

Respecto de la potestad de sancionar con inhabilitación para el ejercicio de cualquier cargo público, incluidos los cargos de elección popular, como medida accesoria a la sanción principal al término de un procedimiento administrativo (y no al término de un proceso judicial penal), lo cual constituye una limitación al ejercicio de los derechos políticos en franca contravención con lo establecido en el artículo 65 de la Constitución...”²⁰

Lamentablemente, y habida cuenta la sumisión del Tribunal Supremo de Justicia al Poder Ejecutivo, así como el deliberado propósito de secuestrar la voluntad popular, entorpecer las funciones del Poder Legislativo Nacional y hacer nugatorio el resultado electoral del año

¹⁸ Vid. *Anuario de Derecho Público 2008*. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas. pp. 357 y ss.

¹⁹ Vid. Hernández, José Ignacio. “La inconstitucionalidad de la competencia del Contralor General de la República para acordar la inhabilitación en el ejercicio de funciones públicas”. *Revista de Derecho Público* N° 114, p. 55 y ss.

²⁰ *Cfr.* <https://transparencia.org.ve/project/proyecto-de-ley-de-reforma-parcial-de-la-ley-organica-de-la-contraloria-general-de-la-republica-y-del-sistema-nacional-de-control-fiscal/>

2015 que le dio una holgada mayoría a los partidos de la oposición, la reforma de la LOCGR fue anulada con la Sentencia N° 939 de la Sala Constitucional, fechada el 4 de noviembre de 2016.²¹

V. CONCLUSIONES

1. El derecho a la defensa es una garantía fundamental de rango constitucional, que corresponde ejercer a toda persona ante una imputación de cualquier autoridad judicial o administrativa y en condiciones de plena igualdad e imparcialidad, de acuerdo con los procedimientos que prevea un determinado ordenamiento legal. Comprende una gama de posibilidades de actuación a través de las cuales se rechazan las agresiones, arbitrariedades y violaciones ocurridas; se persigue, que éstas dejen de producirse y que se restituya el goce de los derechos conculcados.

2. El derecho a la defensa y la garantía del debido proceso, ha estado consagrado en las veintiséis Constituciones de Venezuela y la recoge la legislación internacional en varios instrumentos fundamentales; entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; la Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y la Carta de Derechos Fundamentales de la Comunidad Europea de 7 de diciembre de 2000. 3. El derecho a la defensa, como garantía fundamental que es, tiene que estar previsto en la legislación de cualquier Estado de Derecho y debe ser estrictamente observado por quienes tienen la obligación de velar por su efectiva vigencia.

²¹ Cfr. G.O. N° 41043 del 1° de diciembre de 2016. En torno a la labor de la Sala Constitucional del TSJ de cercenar las competencias de la legítima Asamblea Nacional, véanse en la *“Revista de Derecho Público”* N° 147-148. Julio-Diciembre 2016. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2016, los trabajos de los siguientes autores: Urbina Mendoza, Emilio J. “¿Qué son las sentencias de gobierno? La nueva geografía de actos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, p. 33 y ss.; Casal, Jesús María “Control Judicial de la Constitucionalidad vs. Bloqueo Político-Judicial del Parlamento”, p. 205 y ss.; Brewer-Carías, Allan R. “La Ratificación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de su decisión de desconocimiento de la potestad de la Asamblea Nacional para revisar y revocar sus propios actos”, p. 305 y ss.; Hernández G., José Ignacio “Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional N° 614/2016 (19-7-2016) a propósito de la inconstitucional designación de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia”, p. 312 y ss.; Correa Martín, María Alejandra, “¿Puede haber inconstitucional omisión legislativa, respecto de un proyecto que pretende modificar la Constitución? (Comentario con motivo de la Sentencia N° 686 dictada por la Sala Constitucional el 4/08/ 2016)”, p. 315 y ss.; Correa Martín, María Alejandra, “La Constitución no pierde vigencia por las decisiones de la Sala Constitucional (Comentario con motivo de las sentencias número 795 y 797 dictadas por la Sala Constitucional el 19/08/2016)”, p. 318 y ss.; Brewer-Carías, Allan R., “La paralización de la Asamblea Nacional: la suspensión de sus sesiones y la amenaza de enjuiciar a los diputados por ‘desacato’”, p. 322 y ss.; Correa Martín, María Alejandra, “De la inconstitucional evasión del control parlamentario decretada por el ejecutivo nacional y avalada por la Sala Constitucional”, p. 326 y ss.; Brewer-Carías, Allan R., “La cremación de la Asamblea Nacional y la usurpación de sus funciones presupuestarias por parte del juez constitucional”, p. 334 y ss.; Brewer-Carías, Allan R., “El intento fallido de la Asamblea Nacional de ejercer el control político sobre la Administración Pública investigando la actuación de PDVSA, y su anulación por la Sala Constitucional”, p. 358 y ss.; “El intento fallido de la Asamblea Nacional de ejercer el control político sobre el tema de la nacionalidad del presidente de la república, y su anulación por parte de la Sala Constitucional”, p. 360 y ss.; Brewer-Carías, Allan R., “El acoso por parte de la ‘justicia’ constitucional contra la Asamblea Nacional como órgano de representación popular”, p. 367 y ss.

3. Para que pueda hablarse con propiedad de la existencia de un Estado de Derecho, se requiere, que todos y cada uno de los elementos que lo integran, tengan verdadera vigencia. De lo contrario, serán “letra muerta”, como ocurre desde hace más de veinte años en nuestro país.

4. En consecuencia, es indispensable que exista una efectiva separación de poderes; una estricta observancia del principio de la legalidad; que la igualdad ante la ley no sea una quimera; que el respeto a la dignidad humana sea cierto; que se observe de manera efectiva el principio de seguridad jurídica; que existan previsiones acerca del régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado y de sus agentes; y que la rendición de cuenta de los recursos presupuestarios, por parte de quienes manejan, administran o custodian bienes, sea efectuada en forma regular y periódica.

5. Es fundamental que los organismos encargados de examinar las cuentas y el cumplimiento de metas y programas de la administración activa actúen con total prontitud, imparcialidad, objetividad, efectividad y apoliticismo partidista.

6. El derecho a la defensa en el procedimiento para determinar hechos irregulares con ocasión de la administración, manejo, custodia e inversión de fondos y bienes públicos, ha estado regulado en las diversas leyes atinentes a la actividad del control fiscal externo desde la creación de la Contraloría General de la República en 1938. Cuatro en total.

7. Exceptuando la primera, la Ley de la Hacienda Pública Nacional, luego Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en la cual el derecho a la defensa en el procedimiento investigativo dirigido a determinar responsabilidad administrativa fue absolutamente inexistente, las subsiguientes leyes de la Contraloría General de la República –y la vigente, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal– han consagrado el derecho a la defensa en el mencionado ámbito, según la evolución, desarrollo y amplitud que esta garantía ha tenido a través del tiempo, tanto en sede administrativa como en la contencioso-administrativa, previendo los requisitos, modalidades y plazos para interponer los recursos de reconsideración jerárquico, revisión y el de nulidad.

8. A pesar de la previsión legal de las señaladas vías de impugnación contra actos surgidos de uno u otro procedimiento investigativo o de determinación de responsabilidad administrativa, lo cierto es que el ejercicio de tales recursos ha sido en vano en todos aquellos casos en los que dichos procedimientos se han empleado contra dirigentes, diputados u opositores del régimen para apartarlos de la lucha política, para neutralizar conocidos adversarios políticos de la dictadura, de manera que, en su momento, no pudieran postular sus candidaturas a cargos de elección popular.

La tarea por rescatar el Estado de Derecho y toda la institucionalidad que ello apareja es inmensa. Es importante que los sectores democráticos del país aúnen esfuerzos para lograrlo cuanto antes.

ANOTACIONES PUNTUALES SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN TIEMPOS DE PANDEMIA, CASO VENEZUELA

César A. Esteves Alvarado
*Profesor de Posgrado de la
Universidad Católica Andrés Bello*

Resumen: *Este estudio presenta de manera concisa la situación actual de la contratación pública en tiempos excepcionales, léase, en tiempo de pandemia. Es imperativo que la Administración Pública se active sin dilatación ni excesiva "burocracia" en armonía con una interpretación equilibrada e imparcial del espíritu de las leyes vigentes y con una metodología destinada a lograr la adquisición de obras, bienes y servicios para mejorar las condiciones hospitalarias o los servicios de salud, como el suministro de bienes de diversa índole destinados a satisfacer las necesidades de los operadores sanitarios y de la población en general, que sólo se logrará verdaderamente, por medios jurídicos efectivos ajustados a la crisis actual.*

Palabras Clave: *Pandemia, COVID-19, salud pública, contratación pública, estado de excepción, administración pública*

Abstract: *This study concisely presents the current state of public procurement in exceptional times, read, in pandemic time. It is imperative that the Public Administration be activated without dilation or excessive "bureaucracy" in line with a balanced and impartial interpretation of the spirit of the laws in force and with a methodology aimed at achieving the acquisition of works, goods and services to improve hospital conditions or health services, such as the supply of goods of various kinds intended to meet the needs of health operators and the general population, which will only be truly achieved, by effective legal means adjusted to the current crisis.*

Key words: *Pandemic, COVID-19, public health, public procurement, state of emergency, public administration.*

INTRODUCCIÓN

Hasta mediados del mes de marzo del año en curso (2020), la contratación del Estado transcurría dentro de los cánones regulares y acostumbrados establecidos en la Ley de Contrataciones Públicas¹ y su reglamento².

Sin embargo, existe una cronología de eventos a nivel internacional que incidieron tanto en esa normal actividad contractual como en la cotidianidad que transcurría en el país para ese momento.

¹ Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014.

² G.O. N° 39.181 de fecha 19 de mayo de 2009.

Sin ser advertido local y oficialmente, en el mes de diciembre del año 2019, la Organización Mundial de la Salud –OMS– reporta un hecho comunicado por la Comisión Municipal de Salud de Wuhan (provincia de Hubei, China) que notifica la existencia de un conglomerado de casos de neumonía en esa ciudad. Posteriormente se determina que están causados por un nuevo coronavirus³.

La Prensa europea, en particular, la Radio y Televisión Española –Rtve–, en fecha 11 de marzo de 2020, comunicó lo siguiente: “Casi tres meses después de que empezara el brote de coronavirus en la ciudad china de Wuhan, la OMS ha decidido que el coronavirus abreviado como -COVID-19⁴ pueden definirse sus efectos ya como una “pandemia”⁵. Durante este tiempo más de 120.000 personas se han contagiado en todo el mundo y 4.200 han muerto. Podemos esperar que el número de casos, de decesos y de países afectados aumente en los próximos días y semanas, ha explicado el director general de la OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus”. La OMS se había resistido hasta ahora a describir al coronavirus como pandemia –un término que la propia organización internacional explica que está en desuso– pero los datos no le han dejado otra opción: el número de casos afectados fuera de China se ha multiplicado por 13 en dos semanas y en ese mismo periodo los países afectados se han triplicado. El COVID-19 es ya una enfermedad que se ha propagado por todo el mundo”⁶.

En fecha 30 de enero de 2020, la OMS reconoció públicamente lo siguiente: “Profundamente preocupada por los alarmantes niveles de propagación de la enfermedad y por su gravedad, y por los niveles también alarmantes de inacción, la OMS determina en su evaluación que la COVID-19 puede caracterizarse como una pandemia”⁷. Es entonces en fecha 11 de marzo del referido año, que la OMS emite un informe sanitario y pormenorizado de contagios por el COVID-19, caracterizado por un alto grado de riesgo a nivel mundial.

Estas breves notas seleccionadas de un vasto universo de información, o de *hechos públicos notorios y comunicacionales* que se explican por si solos, influyó a nuestro entender, en la decisión adoptada por el Ejecutivo Nacional, al dictar por la gravedad del caso, medidas especiales dentro del marco de un *estado de excepción* y más concretamente, de un *Estado de Alarma* contemplado en el Artículo 338 de la Constitución del 99, en lo adelante abreviada como C.99, tal como aparece igualmente publicado en la Ley N° 32 que con carácter de Orgánica regula sobre los Estados de Excepción –LOEEX–⁸.

La aludidas medidas se materializaron en los Decretos Ejecutivo N° 4160⁹ y 4198¹⁰ de fechas 13 de marzo y 12 de mayo, respectivamente; posteriormente prorrogado en fecha 11 de junio y republicado en fecha 10 de julio, todos del 2020, este último una nueva edición de los anteriores, relativos a la declaratoria del estado de alarma para atender la emergencia

³ <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.

⁴ Según el Instituto Nacional del Cáncer, se trata de una enfermedad respiratoria muy contagiosa causada por el virus SARS-CoV-2. *Vid.* <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/covid-19>.

⁵ Según la OMS, Se llama pandemia a la propagación mundial de una nueva enfermedad. *Vid.*, https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/es/

⁶ *Vid.* <https://www.rtve.es/noticias/20200311/coronavirus-pandemia-consecuencias-tiene/2004229.shtml>

⁷ *Vid.*, <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.

⁸ Gaceta Oficial N° 37.261 de fecha 15 de agosto de 2001.

⁹ G.O. N° 6.519 Ext., de fecha 13 de marzo de 2020.

¹⁰ G.O. N° 6.535 Ext., de fecha 12 de mayo de 2020.

sanitaria del coronavirus –COVID 19–, publicados en las Gacetas Oficiales N° 6519, 6535, 6542¹¹ y 6554 Extraordinarios de las mencionadas fechas, que serán comentados en el presente estudio.

Ahora bien, a través de esta monografía, se revisará el impacto del decreto de excepción de estado de alarma frente a la contratación de la Administración Pública, mecanismo fundamental para legitimar y cubrir las necesidades del interés general o del bien común, por lo que concierne a los planes de urgencia a ser elaborados por el Ejecutivo Nacional relativos a la adquisición de bienes, a la construcción de obras, y a la prestación de servicios, destinados a enfrentar la pandemia local en los términos expresados en los precitados decretos bases de estado de excepción.

I. LA SALUD PUBLICA. GARANTÍA CONSTITUCIONAL

El Capítulo V del Título III de los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes insertos en la Constitución del 99 –C.99–, regula como obligación del Estado, entre otras, el Derecho a la Salud en sus Artículos 83 al 85 que son del tenor siguiente:

Artículo 83 C.99. *La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida.* El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar acti-

¹¹ G.O. N° 6.542 Extraordinario de fecha 11 de junio de 2020. El Decreto Ejecutivo N° 4.230 que prorroga la vigencia del Estado de Alarma por pandemia por Coronavirus-19. Tal Decreto fue sometido a la Sala Constitucional del Supremo a los efectos de practicar el Control, Constitucional como lo establece el Art. 339 de la C.99 y los Arts. 31 al 40 de la Ley Orgánica sobre Estado de Excepción.

Asunto: Control Constitucional. Sala Constitucional del TSJ. Expediente N° 20-0198. Sentencia N° 0074 de fecha 19 de junio de 2020.

Constitucionalidad del decreto N° 4.230 dictado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual prorrogó la declaratoria del estado de alarma ante la epidemia del COVID-19.

Extracto: "...examinado el contenido del instrumento jurídico-constitucional remitido a esta Sala del Tribunal Supremo de Justicia, se observa sumariamente que se trata de un Decreto cuyo objeto es prorrogar por treinta (30) días la vigencia del Decreto N° 4.230, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.542 Extraordinario, ambos de fecha 11 de junio de 2020, a fin de que el Ejecutivo continúe adoptando las medidas urgentes que conlleven a la prevención de la propagación del virus conocido como Coronavirus (COVID 19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen, para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 83 de la Carta Magna, y garantizar el derecho a la salud y a la vida, tomando las medidas necesarias para la detección oportuna de dicho virus. Particularmente, observa la Sala, que el instrumento que da origen al presente Decreto de prórroga fue objeto de análisis en el fallo N° 0063 de fecha 21 de mayo de 2020, el cual se da por reproducido en todas y cada una de sus partes; resultando preciso ratificar lo que sigue... *omissis*... En fuerza de las anteriores consideraciones, esta Sala Constitucional declara la constitucionalidad del Decreto N° 4.230, de fecha 11 de junio de 2020, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.542 Extraordinario, de la misma fecha, mediante el cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.198, de fecha 12 de mayo de 2020, contentivo del decreto el Estado de Excepción de Alarma en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas...*omissis*...

vamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.

Artículo 84 C.99. Para *garantizar* el derecho a la salud, el Estado *creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud*, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. *Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados*. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud.

Artículo 85 C.99. El financiamiento del sistema público de salud es obligación del Estado, que integrará los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley. El Estado garantizará un presupuesto para la salud que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria. En coordinación con las universidades y los centros de investigación, se promoverá y desarrollará una política nacional de formación de profesionales, técnicos y técnicas y una industria nacional de producción de insumos para la salud. El Estado regulará las instituciones públicas y privadas de salud.

Se resume la intención del constituyente –originario– en los transcritos artículos así:

1. La salud constituye un derecho social y una extensión al derecho a la vida, de la exclusiva obligación del Estado y que así mismo, garantiza su materialización en favor de la población, a través de los planes y acciones que se elaborarán al respecto; el derecho a la salud a los efectos de su efectividad estará bajo la conducción de la autoridad designada en los términos de los Arts. 242 al 246 de la C.99, con las competencias conferidas por el Poder Ejecutivo en cabeza del Presidente de la República según las atribuciones indicadas por el numeral 20 del Artículo 236 de la C.99; y en conjunción con las Vicepresidencias, los Ministros y demás funcionarios, que en conjunto integran la Administración Pública Nacional, según lo anunciado por el Artículo 225 *eiusdem*; y en el desarrollo de su actividad como está previsto en los Arts. 44 y siguientes de la Ley Orgánica de la Administración Pública –LOAP–¹².

2. En la creación, estructuración y competencias de la organización ministerial según lo contemplado tanto en el precitado N° 20 del Art. 236 de la C.99 como en el reglamento orgánico ministerial respectivo y, de acuerdo con los Arts. 61 y siguientes de la precedente Ley Orgánica, recayó en el Ministerio de Poder Popular para la Salud, la competencia en materia a nivel nacional, encargado así mismo de la formulación, adopción, seguimiento y evaluación de las políticas, estrategias, planes generales, programas y proyectos en las materias de su competencia como lo determina el Art. 63 de la LOAP. En virtud de lo anterior, quedan sometidos a esa autoridad, los sistemas de salud de los Estados y de los Municipios, a los cuales no le hayan sido previamente transferidas actividades relativas a la salud pública a través de competencias concurrentes mediante la sanción y promulgación de leyes de base, de conformidad con el Art. 165 de la C.99.

3. Para alcanzar los fines propios del Ministerio en cuestión, el texto fundamental remite a la existencia de un presupuesto anual gastos de ese órgano, integrado a la Ley de Presupuesto Anual y más allá, dentro de los límites fijados en la Ley Especial de Endeudamiento Anual aprobada por la Asamblea Nacional, siguiendo las disposiciones de la Ley Orgánica de

¹² Vid. Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario de fecha 17 de noviembre de 2014.

la Administración Financiera del Sector Público y su Reglamento N° 1¹³; cuyos créditos presupuestarios asignados a ese Ministerio, garantizarían la finalidad de la salud pública cuyo beneficiario es el interés general; y en fin, se destinarán dichos créditos a cubrir los gastos que se generen en el período presupuestario correspondiente.

II. EL DECRETO DE ESTADO DE EXCEPCIÓN DE ESTADO DE ALARMA -DEEA- EN TIEMPO DE PANDEMIA

1. *Declaratoria de estado de alarma*

En razón de la crisis de salud a nivel mundial, que llevó a la OMS y los gobiernos del mundo a aceptar la existencia de una pandemia por la propagación casi sin control del Coronavirus o Covid-19 ya comentado en la introducción a este estudio, el Ejecutivo Nacional dictó, en la misma fecha en que la OMS acepta y declara la pandemia que afectaba y continua afectado al mundo, el decreto de estado de excepción por causa de estado de alarma, en lo adelante y a los efectos de este estudio abreviado El Decreto o con el acrónimo DEEA como se evidencia de la Gaceta Oficial N° 6.519 Extraordinario de fecha 13 de marzo del 2020, decreto que se ha prorrogado y republicado¹⁴ en varias oportunidades. Esa declaratoria se expresó en los términos siguiente:

Artículo 1º DEEA. *Se decreta el Estado de Alarma en todo el Territorio Nacional*, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen.

2. *Ámbito de aplicación de el decreto*

El Decreto está dirigido a varios sujetos que integran tanto del ámbito o sector público como el privado. Así se observa, el sometimiento del Poder Público en los términos del Art. 136 constitucional, a las directrices fijada en dicho instrumento de excepción; por otra parte, suma a las personas naturales y jurídica privadas que están igualmente constreñidas a su observancia y cumplimiento como aparece indicado en sus disposiciones.

Así, los Arts. 2, 3, 4, 5 y 17 de El Decreto prescriben lo siguiente:

Artículo 2 DEEA. *Todas las autoridades del Poder Público venezolano*, en sus ámbitos nacional, estatal y municipal, darán cumplimiento urgente y priorizado a este Decreto de Estado de Excepción y mantendrán oportunamente informado al Ejecutivo Nacional, por órgano de la Vicepresidencia Ejecutiva de la República Bolivariana de Venezuela, sobre todas las situaciones bajo su competencia que resulten o pudieran resultar afectadas con ocasión de los riesgos de la epidemia del coronavirus COVID-19.

Artículo 3 DEEA. Las medidas ordenadas en este Decreto deberán ser tomadas de manera urgente, sin dilaciones, por la autoridad indicada en el dispositivo del mismo, o la autoridad a la cual correspondiere en orden a su competencia material.

Artículo 4 DEEA. *La Vicepresidenta Ejecutiva de la República Bolivariana de Venezuela, los Ministros y Ministras del Poder Popular*, en el marco de sus competencias materiales,

¹³ Vid, Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2015: y Gaceta Oficial N° 5.781 de fecha 12 de agosto de 2006, respectivamente.

¹⁴ Vid, Gacetas Oficiales N°s. 6.528, 6.535, 6.542, 6.554, y 6.560 Extraordinarios de fechas 12 de abril, 12 de mayo, 11 de junio, 10 de julio y 08 de agosto del 2020, respectivamente.

desarrollarán mediante resoluciones las medidas establecidas en este Decreto que resulten necesarias para asegurar su eficaz implementación y la garantía de protección de la vida, la salud y la seguridad de los ciudadanos. Cuando fuere necesario por la concurrencia de varios despachos competentes en razón de la materia, lo harán mediante resoluciones conjuntas.

Artículo 30 DEEA. Órgano Rector. La Comisión Presidencial para la Prevención y Control del Coronavirus, creada mediante el Decreto N° 4.160, de fecha 13 de marzo de 2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.519 Extraordinario, de la misma fecha, se mantiene con el objeto de coordinar y asesorar todo lo relativo a la implementación de las medidas que sean necesarias adoptar para frenar y controlar la propagación de la pandemia del Coronavirus.

La Comisión COVID 19, está integrada por la Vicepresidenta Ejecutiva de la República Bolivariana de Venezuela, quien la preside, y los Ministros del Poder Popular para la Salud; Relaciones Interiores, Justicia y Paz; para la Defensa; para la Ciencia y Tecnología; para la Educación; para la Educación Universitaria; de Industria y Producción Nacional; de Comercio Nacional, de Economía y Finanzas; para los Pueblos Indígenas; para las Comunas y los Movimientos Sociales; para el Transporte; un representante del Comité Coordinador Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres.

La Presidenta de la Comisión COVID 19 podrá convocar o invitar, con derecho a voz, a otros funcionarios y funcionarias del Poder Público en calidad de asesores o consultores en cualquier asunto vinculado a la pandemia Coronavirus.

Artículo 5 DEEA. *Las personas naturales, así como las personas jurídicas privadas*, están en la obligación de cumplir lo dispuesto en este Decreto y serán individualmente responsables cuando su incumplimiento ponga en riesgo la salud de la ciudadanía o la cabal ejecución de las disposiciones de este Decreto. Éstas deberán prestar su concurso cuando, por razones de urgencia, sea requerido por las autoridades competentes. (Cursivas nuestras)

En concreto, la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal que configuran el Estado Federal o la denominada distribución político-territorial (vertical) del poder público; y las personas naturales y jurídicas privadas, están apremiados a observar y dar cumplimiento al texto de El Decreto y aunque redundante, a las directrices emanadas del Ejecutivo Nacional en la ejecución de las acciones dirigidas a contrarrestar la pandemia en el país.

3. *Requerimientos materiales del decreto de estado de alarma*

Ante esta situación anormal o extraordinaria que afecta a la salud de la población, El Decreto precisa las tareas que la Administración Pública deberá llevar a cabo a los fines de asegurar la tenencia y el suministro de insumos que se destinarán a cubrir las necesidades, que se presenten en varios frentes dedicados a la prestación del servicio público de salud. Así observamos, la atención que deberá desplegar en el Ministerio de Salud, en cuanto a la preparación del inventario de bienes o insumos existentes en el país o *material vital* como bien lo apunta la Unión Europea –UE– en su último informe del 22 de agosto del 2020; insumos estos como equipos de protección personal, equipos para detección temprana de contagios a través de pruebas PCR o de otro tipo, medicamentos, respiradores, purificadores de agua, material para la higiene familiar, etc, para ser destinados a las instalaciones sanitaria e incluso a la población.

Otro de los aspectos tratados en El Decreto, es el aseguramiento por parte de esa Administración de la existencia de industrias productoras o manufactureras a nivel nacional de medicamentos; o en su defectos, recurrir a la importación de dichos insumos, lo que implicará la celebración de contratos con empresas locales o foráneas por lo que a las adquisiciones o procura de dichos bienes concierne.

Así mismo, El Decreto ordena garantizar el abastecimiento esencial de bienes y servicios a la población en plena pandemia, lo que implica o hace presumir, que de no tenerlos o

de no existir suficiente provisión de bienes o estructuras nacionales prestadoras de servicios en el área de la salud, el Ministerio u órgano público con competencia, deberá recurrir a proveedores o contratistas externos para hacer efectiva esa garantía. Paralelamente, la Administración Pública de Salud, deberá constatar y precisar el estado de las instalaciones hospitalarias públicas en todo el territorio de la República, a los efectos de proceder a efectuar las reparaciones o reacondicionamiento o construcción temporal de las edificaciones hospitalarias, la dotaciones de insumos específicamente destinados centros de salud y de hospitalización, UCI, etc.; y fundamental ante todo, la provisión permanente del servicio público de agua y de electricidad, básicos e indispensables en las sedes hospitalarias.

Queda igualmente sometido a las disposiciones de El Decreto para ser incorporado a los planes y acciones contra la pandemia, el sistema hospitalario y de salud del sector privado de la economía, el cual en los términos de ese instrumento, deberá actuar en calidad de *colaborador* de la Administración Pública cuando ésta lo requiera con carácter obligatorio; lo cual a nuestro juicio, hace nacer para ese sector privado dedicado a la salud, el derecho a una justa y equilibrada compensación económica por el gasto en que deba incurrir en la realización esa actividad ordenada por el Estado. Esta interpretación o criterio de justeza es equivalente “*Mutatis mutandis*” al reconocimiento expreso manifestado por la Administración en el Art. 22 de El Decreto que más adelante se transcribirá, en el cual se compensará económicamente con recursos provenientes del presupuesto de la nación y con otras ventajas de carácter técnico administrativo, al sector público y al privado que estén dedicados a la investigación sobre el COVID-19 por los gastos y tramitaciones en que incurran por causa de esa actividad. En el lenguaje de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción –LOEEX–¹⁵, tal compensación económica recibe el nombre de “indemnización”, como lo expresa la norma siguiente:

Artículo 17 LOEEX. Decretado el estado de excepción, toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, *está obligada a cooperar* con las autoridades competentes para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo *imponerles servicios extraordinarios* por su duración o por su naturaleza, *con la correspondiente indemnización de ser el caso*.

Ahora bien, en virtud de que la Administración Pública carece de personal propio para atender las mencionadas obras y bienes, deberá en consecuencia, proceder en los términos equivalentes al de una *Emergencia Comprobada*¹⁶, a contratar con terceros esas necesidades materiales, en los términos contenidos en la Ley de Contrataciones Públicas vigente.

En línea con lo anterior, El Decreto en comento establece lo siguiente:

Artículo 17 DEEA. *Los establecimientos de atención médica, hospitales, clínicas y ambulatorios públicos o privados, adecuarán sus protocolos a los lineamientos del Ministerio del Poder Popular para la Salud, de conformidad con la Ley Orgánica que regula el sector, y en su carácter de autoridad pública de salud de la más alta dirección. Pudiendo ser designados o requeridos como hospitales de campaña o centinela en materia de coronavirus COVID-19, no estando sujetos a horario, turno o limitación de naturaleza similar.*

Las autoridades competentes prestarán, en todo caso, la colaboración requerida por hospitales de campaña o centinela en materia de atención de la epidemia del coronavirus COVID-19, a requerimiento del Director o responsable del mismo, a través del Ministerio del Poder Popular para la Salud.

¹⁵ Vid, supra, Gaceta Oficial N° 37.261 de fecha 15 de agosto de 2001.

¹⁶ La Ley de Contrataciones Públicas dispone: N° 20 del Artículo 6 LCP. La Emergencia Comprobada. Son los hechos o circunstancias sobrevenidas que tienen como consecuencia la paralización, o la amenaza de paralización total o parcial de las actividades, o del desarrollo de las competencias del contratante.

En todo caso, el Ministro del Poder Popular para la Salud, *cuando lo estime conveniente* para la mejor ejecución de este Decreto, *girará las instrucciones necesarias o efectuará los requerimientos indispensables a los centros de salud, clínicas, laboratorios y demás establecimientos privados de prestación de servicios de salud, los cuales están en la obligación de atender dichas instrucciones y requerimientos prioritariamente.*

Artículo 18 DEEA. Se ordena al Ministerio del Poder Popular para la Salud *mantener un inventario de los medicamentos usados actualmente en otros países para tratar la enfermedad epidémica, tales como antivirales, corticosteroides, equipos de protección personal, e indicar lo conducente para tramitar la compra de medicamentos, trajes de protección para el personal médico, enfermeras y demás funcionarios que apoyen al sistema público de salud.*

El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de finanzas tomará las previsiones necesarias para que las compras requeridas conforme lo dispuesto en el encabezado de este artículo puedan realizarse de manera urgente.

El Ministro del Poder Popular con competencia en materia de relaciones exteriores, en coordinación con la Procuraduría General de la República, procurarán tomar las medidas en el orden internacional que impidan el efecto nocivo de las medidas coercitivas unilaterales, medidas punitivas u otras amenazas contra el país sobre los procesos de adquisición y traslado de los bienes adquiridos en el mercado internacional.

Artículo 19 DEEA. El Ejecutivo Nacional, por órgano de los Ministerios del Poder Popular con competencia en materia de salud, comercio interno y exterior, industrias y finanzas, *garantizará la producción de medicamentos esenciales* para hacer frente a los brotes del virus que estén incluidos en los protocolos de diagnóstico y tratamiento, en sus denominaciones genéricas, *y priorizará la importación de medicamentos e implementos* para el diagnóstico y tratamiento del mismo.

Artículo 20 DEEA. Se establecerán las coordinaciones adecuadas *para garantizar pleno abastecimiento esencial a la población de bienes y servicios.*

Artículo 21 DEEA. Las autoridades competentes en materia de salud *deberán evaluar las condiciones de seguridad de las edificaciones hospitalarias, a los fines de ordenar las obras de reacondicionamiento que se requieran a corto plazo, así como la construcción de obras de carácter temporal o permanente* necesarias para que, coordinadamente con el Sistema de Protección Civil y Administración de Desastres, respondan a la emergencia sanitaria.

Artículo 22 DEEA. El Ejecutivo Nacional brindará el máximo apoyo a las entidades, públicas y privadas que se encuentren realizando investigaciones sobre la pandemia del CORONAVIRUS (COVID-19), *para lo cual facilitará el aporte de los recursos presupuestarios necesarios que sean requeridos a tales fines y priorizará los trámites* vinculados a las mismas para la definitiva evaluación de sus resultados.

4. *La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras en el decreto -deea- versus la ley de contrataciones públicas en tiempo de pandemia COVID-1*

A. *Principio de planificación en la contratación pública*

Como se puede observar de las precedentes disposiciones, enfrentar la pandemia del COVID-19 requiere de la Administración Pública, prepararse previamente ante la imperiosa necesidad de recurrir a la contratación pública y a sus normas para alcanzar el objetivo, entre otros, de abastecerse de los insumos médicos-sanitarios, de la materia prima para la elaboración de medicinas, de los servicios especializados y de la construcción de nuevas obras o de instalaciones provisionales o el reacondicionamiento o refacciones de los hospitales o centros de salud existentes en el país, en tiempos de indubitable *Emergencia Comprobada*.

Como se pudo observar, la promulgación o el dictado del Decreto de Estado de Excepción de Estado de Alarma, configura una decisión ejecutiva excepcional causada por un he-

cho o circunstancia de aparición súbita a nivel internacional con efectos directos e igualmente inesperados en el orden nacional. En puridad, para marzo del 2020, el Estado no estaba en condiciones técnico-sanitarias para asumir el control de la pandemia que comenzaba a afectar a la población. De ahí, el contenido de los artículos transcritos de El Decreto (Arts. 18, al 21) que se dictó ese mismo mes, que muestran la necesidad de conocer con certeza el volumen de las existencias o inventario de medicamentos, equipos y otros insumos destinados a contrarrestar la pandemia; así como las obras de construcción, reacondicionamiento, refacciones de las instalaciones hospitalarias públicas, antes de proceder a gestionar las adquisiciones o ejecución de obras o servicios en cuestión.

Lo descrito materializa las tareas internas a ser asumidas por los órganos y entes públicos que se integran, entre otras, en el *principio de planificación* de estricto cumplimiento por parte de la Administración Pública.

Cuando afirmamos que la Administración deberá *prepararse previamente*, estamos aludiendo a observar sin dilación, la fase primaria del procedimiento de contratación pública, que remite al cumplimiento del *principio de planificación*, contemplado en el Art. 2 de la Ley de Contrataciones Públicas –LCP–, concordado con el Art. 7 del Reglamento de esa Ley y con el Artículo 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal –LOCGRSNCF– y el Artículo 16 de su Reglamento que complementa la regulación de ley sobre el control interno previo¹⁷, muy lejos de lo burocrático o atentatorio a la situación de urgencia o emergencia declarada por El DEEA.

¹⁷ G.O. N° 6.013 Extraordinario de fecha 23 de diciembre de 2010. Art. 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.

Artículo 16. RLOCGRSNCF. Control Interno Previo... omissis...

Según la oportunidad de su ejecución el control interno es: previo o posterior.

En otros términos, el principio de planificación como las demás disposiciones contenidas en la LCP, “no atentan contra ni son incompatibles con las medidas contenidas en El Decreto”; en consecuencia no existe motivo jurídico alguno, que impida o limite su aplicación a lo ordenado en ese instrumento excepcional a los efectos de la procura o adquisición de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios en la actual crisis; como lo advierte El Decreto en su Art. 21, que prevé en caso de colisión, la *suspensión temporal de disposiciones* contenidas en leyes vigentes *que impidan o obstaculicen la aplicación del El Decreto*. Dicho texto excepcional indica:

Artículo 21. DEEA. El decreto que declare el estado de excepción *suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles* con las medidas dictadas en dicho decreto.

En el entendido y valga la insistencia, que las normas *no incompatibles*, continuarán en plena aplicación en la materia regulada por esas leyes vigentes.

Es un *hecho público, notorio y comunicacional* que estamos desde el mes de marzo del año en curso, en plena pandemia por causa del Coronavirus –CODIV-19–. Que la pandemia de aparición súbita en el país, ha hecho estragos en la población entre contagiados, fallecidos y sobrevivientes; que se han saturado los hospitales públicos y privados; que sorprendió tanto a la Administración Pública como al sector privado de la salud, por sus características únicas de propagación, contagio y efectos; al menos en los dos primeros meses desde el anuncio de la declaratoria de la pandemia, el país se encontró con pocos o casi ningún tipo de medicamentos, de mecanismos de detección, equipos respiradores e insumos de protección para los galenos y personal sanitario. No obstante se hizo público, el anuncio de la llegada al país, de ayuda humanitaria de varias fuentes, entre otras, la proveniente de la Unión Europea –UE–¹⁸.

Ahora bien, el país no puede esperar a que llegue la ayuda humanitaria; la Administración Pública siguiendo los dictados de El Decreto y las leyes especiales que coadyuvan a su puesta en práctica, deberán iniciar sin dilaciones, con menos burocracia en términos de “Administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas!” según el RAE, las tareas destinadas a activar las adquisiciones de bienes y servicios y la ejecución de obras, que requiera el sistema hospitalario de salud pública en esta situación de emergencia comprobada. Deberá en consecuencia, activar el *principio de planificación*, cumpliendo con las actividades asignadas en las normas de El Decreto antes comentadas, sobre inventarios, existencia de bienes o insumos médicos-sanitarios, estado físico y de insumos de los hospitales públicos, descripción de los bienes a adquirir, modalidad de selección de contra-

El control interno previo comprende los mecanismos y procedimientos operativos y administrativos incorporados en el plan de la organización, en los reglamentos, manuales de procedimiento y demás instrumentos específicos, que deben ser aplicados antes de autorizar o ejecutar las operaciones o actividades asignadas a los órganos y entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley, o de que sus actos causen efecto, por quienes tengan atribuida o encomendadas directamente tales operaciones o actividades, en el respectivo departamento, sección o cuadro organizativo específico, así como por sus supervisores inmediatos, con el propósito de establecer su legalidad, veracidad, oportunidad, eficiencia, economía y calidad.

El control interno previo que debe efectuarse antes de adquirir obligaciones que impliquen compromisos financieros, o antes de proceder a realizar pagos, debe garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 38 de la Ley -LOCGRSNCF-.

¹⁸ En fecha 22 de agosto de 2020, se reportó la noticia que la Unión Europea envió 82,5 toneladas de ayuda humanitaria a Venezuela. La asistencia incluye material médico y otros suministros esenciales para proteger a los trabajadores sanitarios en la lucha contra el coronavirus; *vid.*, <https://www.infobae.com/america/venezuela/2020/08/22/la-union-europea-envio-825-toneladas-de-ayuda-humanitaria-a-venezuela/>.

tista o proveedor a ser aplicada a esta emergencia, modelo de contrato que va desde el contrato tipo estándar de la Administración Pública hasta la orden de compra o de servicio igualmente reputados contratos por la Ley de Contrataciones Públicas; en fin, aplicar el criterio de simplificación de trámites según la ley especial¹⁹ que la regula y la suficiencia de acreditación prevista en el Art. 56 de la LCP. Determinar con la ayuda de la Oficina Nacional de Contabilidad Pública –ONCOP– y con las gerencias de finanzas de los Ministerios del Ejecutivo responsables de la implementación de El Decreto, la existencia de créditos o asignaciones presupuestarias correspondiente al año en curso, para ser destinadas con carácter prioritario a cubrir el gasto de las contrataciones de obras, bienes y servicios; en el entendido, que la Ley Orgánica sobre Estado de Excepción en su Art. 20 LOEEX, permite en situaciones excepcionales, efectuar desembolsos de numerarios con el respaldo del Tesoro Nacional, aun cuando no estén previstos los créditos en los correspondientes presupuestos –anuales– de los órgano y entes del Estado.

Indica la norma:

Artículo 20 LOEEX. Decretado el estado de excepción, *se podrán hacer erogaciones con cargo al Tesoro Nacional que no estén incluidas en la Ley de Presupuesto* y cualquier otra medida que se considere necesaria para regresar a la normalidad, con fundamento en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Presente Ley.

En fin, realizar todas las tareas previas al procedimiento o modalidad excepcional de selección de contratista o proveedor, que ha sido expresamente fijada por ley en conjunción con las actividades descritas para esta fase previa de planificación enunciadas en el Art. 7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas –RLCP–.

No obstante, es de suma importancia comentar, sobre un decreto ejecutivo que se dictó con ocasión de y valga la redundancia, la publicación del Decreto de Estado de Excepción Económica del año 2018, que el Servicio Nacional de Contrataciones –SNC– pretende se aplique para las adquisiciones y servicios que se destinarían a la crisis de la pandemia de coronavirus-19 que afecta a nuestro país.

B. *Antecedentes del decreto n° 3.324 que dicta un régimen especial de contratación pública para la emergencia económica del 2018*

Con fundamento en el Decreto de Estado de Excepción Económica dictado en enero de 2018, el Ejecutivo emitió en el mes de marzo del mismo año, el Decreto Ejecutivo N° 3.324²⁰, mediante el cual promulgó un *Régimen Especial en Materia de Contratación Pública*, para:

“... simplificar sus procesos, a los fines de cumplir sus objetivos observando principios de simplicidad, transparencia, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, solidaridad, presunción de buena fe, y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, por lo que se hace necesario rediseñar y suprimir los trámites y controles adicionales y burocráticos, que obstaculizan el cabal funcionamiento del Estado...;

De los principios fundamentales del Derecho Administrativo y de la contratación pública antes enumerados, se obvió la observancia y el cumplimiento del *principio de planificación de la contratación pública*, tan e igualmente trascendental que los otros principios enunciados.

¹⁹ Reimpresión en G.O. N° 40.549 de fecha 26 de noviembre de 2014.

²⁰ *Vid*, G.O. N° 41.362 del 16 de marzo de 2018.

Es de suma importancia resaltar, que este Decreto Ejecutivo se dictó basado en el Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica (que data originalmente de los años 2015 y 2016 este último a nivel nacional), para ser aplicado a una realidad económica muy particular para esa época y sin lugar a dudas, muy distante de la actual y magna crisis sanitaria que Venezuela no había conocido desde la “pandemia de la gripe española (*influenzavirus A, tipo H1N1*)” ocurrida en el año 1918; una situación de pandemia con efectos internos que emergió en el país en el mes de marzo del 2020 en nada comparable con lo que sucedía en Venezuela en los años 2015-2018.

El comentado decreto ejecutivo N° 17 de fecha 16 de marzo de 2018, despliega en su contenido por una parte, un catalogo de posibles adquisiciones de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, de todo un poco, para ser tramitadas a través del procedimiento de selección denominado *consulta de precios* regulado en los Arts. 96 al 100 de la LCP; y por la otra, otros dos rubros por la vía excepcional de selección de un contratista o proveedor y la correspondiente contratación a través de figura de la *contratación directa*, según lo ordenado en los Arts. 101 al 103 *eiusdem*.

Sin embargo, estamos al presente, septiembre del 2020, en medio de una magna crisis de salud que debe tratarse de un modo diferente a una emergencia económica como la declarada en el referido Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica.

A nuestro juicio, ante esa “*irrealidad*” y a los efectos de la pandemia nacional argumentamos, que las adquisiciones de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras requieren de acciones inmediatas, pensadas, planificadas, muy bien estructuradas desde el punto de vista técnico-sanitario y financiero del Estado su única fuente de recursos, con varias opciones en términos de contratistas-proveedores, extraídas del Registro Nacional de Contratistas o en su defecto, de las referencias comerciales que facilite el mercado nacional o internacional de productos especializados en el área medico-sanitaria, que reúnan a los mejores proveedores y contratistas, simplificando los trámites comparativos y competitivos de ofertas (base de una consulta de precios), que conducen a la burocratización y nos atrevemos a señalar además, a la comisión de actos fraudulentos o de corrupción en la contratación pública.

Como se indicó en líneas superiores, las disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas, “no atentan contra ni son incompatibles con las medidas contenidas en El Decreto”; en consecuencia no existe motivo jurídico alguno, que impida o limite la aplicación de lo ordenado en ese instrumento con rango de ley y excepcional, a los efectos de la procura o adquisición de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios en la actual crisis”. Todo lo contrario, El Decreto exige de la Administración Pública, conocimiento indubitable mediante la activación del principio de planificación o de actividades previas a la contratación, de cuanto posee en términos de inventarios y/o existencia de bienes, en este caso insumos medico-quirúrgico para atender la pandemia, recursos financieros públicos, lista de posibles proveedores o contratistas provenientes del RNC o en su defecto, de fuentes reconocidas del comercio internacional; así como, determinar las áreas hospitalarias que requieren de inmediato refacciones o reacondicionamiento para albergar pacientes contagiados, etc.

En tal sentido la doctrina administrativa en la opinión del Dr. Daniel Rosas Rivero, ha dejado precisado ese principio de planificación en tiempos de pandemia, en los términos que siguen:

“La realización de las actividades previas sigue siendo importante en las situaciones actuales que enfrenta las contrataciones públicas frente a la pandemia por COVID-19. En el caso venezolano, nos encontramos bajo una situación en la cual subsisten dos Estados de Excepción, uno de Emergencia Económica que persiste desde el año 2016, y otro de Alarma Nacional

por la pandemia de COVID-19. Ante esta particular situación jurídica, ambos Estados de Excepción han tenido efectos importantes sobre las contrataciones públicas venezolanas, habilitándose la utilización excepcional de las modalidades de selección de contratistas menos competitivas y transparentes (Consulta de Precios y Contratación Directa).

...omissis...

Ante este difícil panorama, si bien entendemos que durante situaciones de emergencia se justifica que los procedimientos de contratación pública sean rápidos y opere una flexibilización de lapsos, procesos y requisitos, sin embargo, también es necesario que estos procedimientos respeten los lapsos y requisitos procesales esenciales, es decir, *esta abreviación de tiempos y procedimientos no pueden ir en detrimento de etapas o fases fundamentales del procedimiento, como lo son, por ejemplo, la realización de las actividades previas enumeradas en el artículo 5 (7) del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas*, las cuales no pueden relajarse ni omitirse de ninguna manera. Además, esta flexibilización general e indiscriminada de lapsos y procesos es peligrosa, ya que si en situaciones de tiempos y procesos normales los riesgos y cifras estimadas de corrupción en el área de contrataciones públicas son realmente altas, *solo podemos pensar que, en un contexto de flexibilización y aceleración de estos procesos, estos riesgos pueden potenciarse*.

Es por ello, que la flexibilización de lapsos y procesos frente al COVID-19 debe ser racional, en el sentido que, si no realizamos las actividades previas al proceso de selección de contratistas, ¿Cómo podemos saber con cuánto dinero contamos para realizar una compra? ¿Cómo podemos determinar la cantidad de bienes o servicios que necesitamos? ¿Cómo podemos determinar exactamente el tipo de bien o servicio que se requiere y sus características básicas?”²¹ (Cursivas y entre paréntesis nuestras)

Finalmente, citamos el criterio expresado por la Profesora Aurilivi Linares Martínez por lo que respecta al grado de importancia que tiene ese principio de planificación para la contratación pública conectada a los planes y lineamientos estratégicos del Estado, en tiempos normales y en *tiempos revueltos* como los actuales, que ratifica además la precedente opinión doctrinal expresada por el Profesor Rosas Rivero; en tal sentido observa lo siguiente:

“...De manera que, según la nueva legislación (La LCP de noviembre de 2014), la contratación pública está marcada, al igual que el resto de las actividades de la Administración, por el protagonismo de la planificación, convirtiéndose en una de las más importantes herramientas de la panoplia administrativa...La planificación prioriza los objetivos de la actividad contractual y fija un horizonte temporal de consecución, vinculando al sector público...”²².

²¹ Rosas Rivero, Daniel. “La importancia de las actividades previas al proceso de selección de contratistas en la legislación venezolana aun frente al COVID-19”. *Vid.*, Observatorios Contratación Pública. Argentina. 2020. <http://obcp.com.ar/opiniones/la-importancia-de-las-actividades-previas-al-proceso-de-seleccion-de-contratistas-en-la>. *Vid.*, www.gilrosas.com.ve.

²² Linares Martínez, Aurilivi. “Los principio que rigen los procedimientos administrativos de selección de contratistas”. Véase en, Allan R. Brewer-Carías (Editor y Coordinador), Víctor Hernández Mendible, Miguel Mónaco, Aurilivi Linares Martínez, José Ignacio Hernández G., Carlos García Soto, Mauricio Subero Mujica, Alejandro Canónico Sarabia, César Esteves Alvarado, Gustavo Linares Benzo, Manuel Rojas, Pérez, Luis Alfonso Herrera Orellana y Víctor Raúl Díaz Chirino. *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos legislativos N° 44 (4ª Edición Actualizada y aumentada), Caracas 2014. p. 145.

C. *Situaciones excepcionales excluidas de las modalidades de selección de contratistas competitivas y comparativas de ofertas y participantes previstas en la LCP. La contratación directa como medio de contratación de obras, bienes y servicios en tiempos de pandemia por COVID-19*

Sobre los casos o situaciones tendentes a la contratación de obras, bienes y servicios, que por causas específicas son excluidas de la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas, ello requiere de explicación, mas aun, cuando para enfrentar la pandemia del coronavirus-19, el Estado a través de la Administración Pública, debe poseer o tener a la disposición de modo inmediato a pesar de lo repetitivo, entre otros, insumos tales como medicinas, equipos de detección de la enfermedad, material de protección para el personal sanitario, equipos destinados al tratamiento de personas afectadas por el virus en hospitales o centros de salud, mejorar o actualizar las condiciones materiales de las UCI para que las mismas se adapten a la pandemia, planificar y ejecutar refacciones, reparaciones o reacondicionamiento de centro de salud, etc.

En líneas anteriores tratamos lo relacionado a la planificación o elaboración de la estrategia contractual, tarea que deberá desarrollarse en la fase inicial o previa a la selección del contratista o proveedor, aun cuando estemos en situaciones críticas o de emergencia.

En conexión con esa etapa, se impone no obstante la emergencia, la celeridad de los órgano y entes públicos y sus unidades usuaria y contratante, a los efectos de seleccionar con fundamento en la ley, la vía o modalidad de contratación, precisar los recursos financieros para afrontar el gasto, sea a través del presupuesto anual asignado o de otras fuentes de financiamiento público; y en fin, llevar a cabo las demás gestiones pertinentes para alcanzar la contratación.

Sin desdeñar el aludido Decreto Ejecutivo N° 3.324 del año 2018, que dictó el Régimen Especial en Materia de Contratación Pública destinado a reglamentar las contrataciones del Estado por causa del estado de excepción en materia económica prorrogado que tuvo su origen en años anteriores, lo ajustado a la realidad actual de la pandemia, por su especial carácter que desborda o trasciende los espacios de una crisis económica, es recurrir a *medios efectivos y de ejecución inmediata* previstos en la ley e incluso se afirmaría, “*hechos a la medida*” para responder a una pandemia universal.

Esta situación de enfermedad contagiosa de altísimo riesgo a nivel nacional, es la que justifica por ser además una *emergencia declarada*, la utilización de la figura (o prerrogativa) de la decisión unilateral –actuando en función pública– sin requerir la existencia de un acto motivado que emane de las máximas autoridades de los órganos y entes públicos²³ como lo describe el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal –RLOCGRSNCF–, en cuanto al contratista o proveedor a

²³ Vid, Apartes primero y segundo del del Art. 15 LOAP. Ejercicio de la Potestad Organizativa. Vid, **Artículo 6. RLOCGRSNCF. Máxima autoridad jerárquica.** A los efectos de la Ley, así como de este Reglamento, se considerará máxima autoridad jerárquica a quien corresponda la dirección y administración del órgano o entidad, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea aplicable. En caso de que el órgano o entidad respectiva tenga junta directiva, junta administradora, consejo directivo u órgano similar, serán éstos los que se considerarán máxima autoridad jerárquica. Vid. G.O. N° 39.240 de fecha 12 de agosto de 2009. Esa decisión unilateral –en función pública– emerge de las atribuciones conferidas por la Constitución, por la ley y por los documentos de constitución y estatutos en el caso de la Administración Descentralizada, concretamente, de los Institutos Públicos, de las empresas del Estado, de las asociaciones, sociedades civiles y fundaciones del Estado; vid. Arts. 98 y siguientes de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

ser seleccionado para la contratación de adquisición o procura de bienes, para la prestación de servicios y para la ejecución de obras dirigidas a proteger y salvaguardar al interés general, al bien común, a la generalidad de la población, tutelada por la Administración Pública.

Como bien se observa del texto de la Ley de Contrataciones Públicas –LCP–, ratificamos nuestra aseveración, aunque sea redundante, de que la misma en su conjunto, “no atenta contra ni son incompatibles sus normas con las medidas contenidas en El Decreto; en consecuencia no existe motivo jurídico alguno, que impida o limite la aplicación de lo ordenado en ese instrumento excepcional a los efectos de la procura o adquisición de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios en la actual crisis”.

Ahora bien, no existiendo causa o motivo de suspensión temporal de normas de una ley vigente como lo prescribe el referido Art. 21 DEEA, la Ley de Contrataciones Pública prevalece sobre el aludido reglamento contentivo de *normas de carácter sublegal* aplicable a una situación particularizada en el tiempo y por un específico contenido y fin.

En consecuencia, de conformidad con el Artículo 5 de la LCP que regula la exclusión de las modalidades de selección, quedan fuera del ámbito de aplicación de las modalidades de selección de contratistas:

Artículo 5 LCP. Exclusión de las modalidades de selección.

Quedan excluidos, solo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, los contratos que tengan por objeto:

...omissis...

12. La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, requeridos, cuando se decreta cualquiera de los estados de excepción contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De conformidad con ese mismo artículo, será la máxima autoridad del órgano o ente contratante la que *adjudicará directamente* esos contratos. El primera aparte de ese Art. 5. LCP, indica:

Los contratos a que hacen referencia los numerales anteriores, serán adjudicados directamente por la máxima autoridad contratante.

En los supuestos contemplados en los numerales 12, 13 y 14 se requerirá la autorización previa de la máxima autoridad del nivel central de la Administración Pública Nacional con competencia en la materia.

De los apartes anteriores caben las siguientes observaciones; la primera concierne a esa adjudicación directa, que no es lo mismo que el o los contratos se otorgarán por la *modalidad de contratación directa*, ya que está excluida de su aplicación por disposición expresa de la ley como se mencionó anteriormente. Como se indicó, se trata de una prerrogativa conferida mediante ley (norma imperativa) en cabeza de la máxima autoridad contratante, léase entre otros, los Ministros del Ejecutivo, los representantes legales de los Institutos Públicos, las directivas de la empresas del Estado, en el entendido, que los nombrados podrán delegar sus atribuciones de conformidad con las leyes que regulan sus funciones. La segunda, se desprende del silencio de la norma, que no le es exigido a esas máximas autoridades, la expedición de un acto motivado que justifique esa contratación como sería en el caso de la modalidad de contratación directa según la norma reguladora contenida en el encabezamiento del Artículo 101 de la LCP; en el entendido, que la causa u origen de la adjudicación atribuida a la máxima autoridad, está plasmada en el decreto de estado de excepción en el caso en comento, por el estado de alarma de pandemia, lo cual no requiere de explicación o justificación.

En el aparte segundo del precitado Art. 5 y en conexión con esa adjudicación emanada de una máxima autoridad, indica lo siguiente:

En los supuestos contemplados en los *numerales 12, 13 y 14* se requerirá la autorización previa de la máxima autoridad del nivel central de la Administración Pública Nacional con competencia en la materia.

1. Se requiere de varios comentarios al respecto. Primero, cualquier contratación que deba realizarse para la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, dirigidas a preparar las condiciones materiales de los órganos y entes públicos con competencia en materia de salud pública, con las que enfrentarán los diversos escenarios derivados de la actual pandemia, será el ministro respectivo, como lo establecen los Arts. 17 al 22 de El Decreto, con amplia competencia, el que autorizará (previamente), todas las gestiones que deba realizar el Ministerio a su cargo a través del despacho del viceministro o en su defecto, de las unidades o dependencia administrativas actuando en función administrativa mediante delegación, en todo caso, siguiendo lo estipulado en el reglamento orgánico del Ministerio respectivo. Segundo, la exclusión a que se refiere la norma contenida en el Art. 5 en comento, está reducida a la aplicación de las modalidades de selección de contratistas y de contratación, léase, el concurso abierto y abierto internacionalmente, el concurso cerrado, la consulta de precios y la contratación directa; específica y detalladamente comentadas en los Arts. 77 al 103 de la LCP. Por consiguiente, todo lo demás previsto en esa ley, al margen de la aludida exclusión, será de indiscutible observancia por los órganos y entes públicos contratantes. Tal es así, que la actividad o tarea previa a la contratación de obras, bienes y servicios, con excepción de la aplicación de las precitadas modalidades, será la de materializar el *principio de planificación* de la contratación como lo prescribe el Art. 2 de la LCP ya se explicado en líneas superiores.

Sobre este sometimiento o sujeción, impregnado del principio de legalidad a que aluden tanto los Art. 137 y 141 constitucional como el Art. 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública –LOAP–, el Profesor Víctor R. Hernández-Mendible es de la opinión que más adelante se transcribe, refiriéndose a la *contratación directa* como un *procedimiento / modalidad excepcional de contratación*, incluso, sin asignación de las usuales Unidades Tributarias –UT– o la ahora denominada Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo –UCAU– para contratación pública; así el profesor Hernández-Mendible expresa lo siguiente:

“No obstante que no se realiza procedimiento administrativo tradicional, se trata de una modalidad de selección de contratista, que no es absolutamente libre, sino que se encuentra sujeta a la ocurrencia objetiva y razonable de determinadas circunstancias, preestablecidas en los supuestos taxativamente contemplados en la Ley. Esta modalidad de selección de los contratistas necesariamente no constituye una excepción a los principios generales que deben guiar ordinariamente los procedimientos de selección, valga decir, los principios de concurrencia o competencia, publicidad e igualdad, éstos pueden estar presentes o no, pero en ningún caso puede obviarse el principio de selección transparente de la mejor oferta”²⁴.

²⁴ Hernández-Mendible Víctor R. “El régimen jurídico del procedimiento de selección y del expediente administrativo de contratación”. Véase en, Allan R. Brewer-Carías (Editor y Coordinador), Víctor Hernández Mendible, Miguel Mónaco, Aurilivi Linares Martínez, José Ignacio Hernández G., Carlos García Soto, Mauricio Subero Mujica, Alejandro Canónico Sarabia, César Esteves Alvarado, Gustavo Linares Benzo, Manuel Rojas, Pérez, Luis Alfonso Herrera Orellana y Víctor Raúl Díaz Chirino. *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos legislativos N° 44 (4ª Edición Actualizada y aumentada), Caracas 2014. p. 74.

“*Mutatis mutandis*”, siguiendo la dirección del Profesor Hernández-Mendible, tampoco podrá obviarse entre otros, el *principio de planificación* previa de las expectativas contractuales de la Administración Pública, más aun en tiempos de pandemia como la que experimenta el país, *conditio sine qua non* y garantía de los otros principios del Derecho Administrativo, diferentes a los antes enunciados como son, el de economía, de honestidad, de eficiencia y eficacia, y de simplificación de trámites administrativos.

CONCLUSIÓN

Lo narrado y analizado desde una perspectiva técnico-jurídica, nos confronta con una crisis de Estado provocada por una pandemia de COVID-19, que ha sumido al país en el desconcierto, el temor, la desconfianza, el aislamiento o cuarentena, entre otras, ante la acción del gobierno para evitar el contagio, la enfermedad y lo peor, la pérdida de vidas. Ante esta crisis de salud, el Estado, a través de sus instituciones, de la Administración Pública, está obligado constitucionalmente, a tomar medidas sanitarias inmediatas y efectivas para enfrentar esa pandemia, siguiendo lo programado o llamémosle la estrategia, plasmada en el Decreto de Estado de Excepción de Estado de Alarma. De la lectura del mencionado decreto, se evidencia que entre las medidas o acciones planteadas, está la de proveer a la Administración Pública ejecutora del decreto, de insumos sanitarios requeridos e insuficientes al momento de la declaratoria del estado de alarma; sumándole, las reparaciones, refacciones o reacondicionamiento de los centros de salud pública para atender a la población que pudiera ser afectada por el comentado contagio. En breve, esta en juego la vida de la población. Para poder alcanzar esos fines, tanto la Constitución del 99 como las Leyes especiales e instrumento sublegales que regulan la actividad de la Administración Pública; prevén las normas regulatorias de la contratación públicas aún en tiempos de crisis, por la ocurrencia de hechos sobrevenidos o impredecibles, de aparición súbita. Estas normas ordenan la actuación de la Administración en cuanto a no improvisar o anárquicamente disponer de los fondos públicos, sin una planificación previa de las necesidades apremiantes que la crisis reclama. En ese contexto, emerge la Ley de Contrataciones Públicas con normas específicas que orientan a la Administración en cuanto al modo excepcional, confiado a la máxima autoridad de los órganos y entes públicos, por lo que concierne a la selección del proveedor para la procura de bienes y del contratista para la ejecución de obras y servicios con la consiguiente suscripción del contrato. En medio de esta pandemia, consideramos que impera la celeridad pero también la organización, la prevención, la sana intervención de los órganos de control interno, la eficacia y la eficiencia en las actuaciones y decisiones que emanen de la Administración Pública en su condición de tutora de la salud pública, de la salud de la población en riesgo de contagio por el COVID-19, con el propósito de configurar y materializar la contratación para la adquisición de bienes, servicios y obras que deberán utilizarse durante esa emergencia,

BIBLIOGRAFÍA

Hernández-Mendible Víctor R. “El régimen jurídico del procedimiento de selección y del expediente administrativo de contratación”. Véase en, Allan R. Brewer-Carías (Editor y Coordinador), Víctor Hernández Mendible, Miguel Mónaco, Aurilivi Linares Martínez, José Ignacio Hernández G., Carlos García Soto, Mauricio Subero Mujica, Alejandro Canónico Sarabia, César Esteves Alvarado, Gustavo Linares Benzo, Manuel Rojas, Pérez, Luis Alfonso Herrera Orellana y Víctor Raúl Díaz Chirino. *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos legislativos N° 44 (4ª Edición Actualizada y aumentada), Caracas 2014.

Linares Martínez, Aurilivi. “Los principios que rigen los procedimientos administrativos de selección de contratistas”. Véase en, Allan R. Brewer-Carías (Editor y Coordinador),

Víctor Hernández Mendible, Miguel Mónaco, Aurilivi Linares Martínez, José Ignacio Hernández G., Carlos García Soto, Mauricio Subero Mujica, Alejandro Canónico Sarabia, César Esteves Alvarado, Gustavo Linares Benzo, Manuel Rojas, Pérez, Luis Alfonso Herrera Orellana y Víctor Raúl Díaz Chirino. *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos legislativos N° 44 (4ª Edición Actualizada y aumentada), Caracas 2014.

WEBGRAFIA

Instituto Nacional del Cáncer.

<https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/covid-19>.

Organización Mundial de la Salud -OMS-.

_____ <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.

_____ https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/es/

Radio y Televisión Española -Rtve-

<https://www.rtve.es/noticias/20200311/coronavirus-pandemia-consecuencias-tiene/2004229.shtml>

Organización Mundial de la Salud -OMS-.

<https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.

_____ https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/es/

_____ <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.

Rosas Rivero, Daniel. La importancia de las actividades previas al proceso de selección de contratistas en la legislación venezolana aun frente al COVID-19. *Vid.*, Observatorios Contratación Pública. Argentina. 2020. <http://obcp.com.ar/opiniones/la-importancia-de-las-actividades-previas-al-proceso-de-seleccion-de-contratistas-en-la>.

Vid., www.gilrosas.com.ve.

Unión Europea -UE- <https://www.infobae.com/america/venezuela/2020/08/22/la-union-europea-envio-825-toneladas-de-ayuda-humanitaria-a-venezuela/>.

LA PARALIZACIÓN DEL ÓRGANO PERMANENTE DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Samantha Sánchez Miralles*

Abogada

Resumen: *El artículo, luego de delinear cómo opera el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio de acuerdo con el anexo 2 de su acuerdo constitutivo, explica los motivos por los cuales el Órgano Permanente de Apelación se encuentra hoy en día imposibilitado de emitir nuevos pronunciamientos y algunas de las soluciones que se han planteado en el foro para solventar esta situación que incide negativamente en el comercio internacional.*

Palabras Clave: *Derecho Internacional Público, comercio internacional, Organización Mundial del Comercio.*

Abstract: *The article, after outlining how the World Trade Organization's dispute settlement system operates in accordance with Annex 2 of its agreement, explains the reasons why the Permanent Appellate Body is currently unable to issue new decisions and some of the solutions that have been proposed to resolve this situation that has a negative impact on international trade.*

Key words: *International Law, international trade, World Trade Organization.*

INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es reseñar la actual situación de paralización del Órgano Permanente de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), así como algunas de las soluciones propuestas para superar dicha paralización.

En tal sentido, primero describiremos brevemente el sistema de solución de diferencias de la OMC, así como las razones que han llevado a este momento de suspensión práctica de sus funciones, para cerrar con la propuesta actual y otras salidas sugeridas a más largo plazo¹.

I. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

El Anexo 2 del Acuerdo que establece la OMC contiene el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de los miembros de la OMC (en lo sucesivo ESD).

* Abogado Summa Cum Laude, UCV, 1991, LL.M. University of Michigan, 1994, Doctora en ciencias, UCV, 2010.

¹ Agradezco a Miriam Maroun por los aportes para la realización de este artículo.

La Ronda de Uruguay del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés)² que se inició en 1986, fue revolucionaria en muchos aspectos, uno de ellos fue que condujo a la creación de la OMC, en virtud del Acuerdo de Marrakech³, incluyendo el establecimiento de un sistema de solución de diferencias para sus miembros, contenido en el ESD.

El cambio más notable que introduce el ESD es que niega a la parte perdedora en el caso, la capacidad de bloquear la adopción del informe emitido por el panel de solución de diferencias y el segundo cambio más importante es el establecimiento de un Órgano Permanente de Apelación (OPA), con capacidad de confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones legales adoptadas por un panel (artículo 17 ESD).

El artículo 3.2 del ESD requiere que los acuerdos de la OMC sean interpretados según las normas usuales del derecho internacional público. El ESD también establece que el informe del OPA será adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC y será adoptado incondicionalmente por las partes que han sometido la diferencia, salvo que el OSD decida, por consenso, no adoptar dicho informe, en un plazo de treinta días contados a partir de la distribución a los miembros del OSD.

Un tribunal con tales poderes no tiene precedentes en las organizaciones internacionales⁴ y es una clara evolución de los paneles originales del GATT, siendo el mecanismo de revisión de la decisión del panel por parte de órganos de alzada uno de los elementos fundamentales de esa evolución⁵, tal y como ya lo hemos señalado.

Algo a destacar es que el OPA no tiene facultades de reenvío, como un tribunal de apelaciones tradicional, sino que el OPA, de forma directa, definitiva e inapelable, revisa las decisiones de los paneles y sus hallazgos y conclusiones hechos *de novo* son hallazgos y decisiones no revisados que serán adoptados automáticamente, excepto en el caso improbable de que, por consenso, se decida lo contrario⁶.

En un primer momento, no se esperaban demasiadas apelaciones y las que se esperaban deberían haber sido muy limitadas en cuanto a su alcance y frecuencia. Sin embargo, la realidad demostró todo lo contrario: el 70 % de los casos de la OMC son apelados⁷.

Antes de la creación de la OMC, los paneles que resolvían las diferencias derivadas del GATT (sin que existiese un órgano de apelaciones) eran divergentes en cuanto a la interpretación de los principios esenciales. Por ejemplo, un panel podía interpretar el principio de “trato nacional”⁸ de una manera y otro panel de otra.

² General Agreement on Tariffs and Trade.

³ G.O. N° 4829 Extraordinaria de 28-12-1994.

⁴ El artículo 23 del ESD establece una jurisdicción compulsiva del OSD sobre los miembros en relación a sus obligaciones en la OMC.

⁵ Palmeter, David. “La primera decisión del Órgano de Apelación de la OMC”, en *Revista de Derecho Internacional Económico, Aspectos sobre las relaciones económicas internacionales*, Volumen 1, Número 2, Segundo Semestre 1996, Funeda, Caracas, p. 58.

⁶ Artículo 17.4 del ESD.

⁷ Lester, Simon. *Of precedent and perception: the crucial role of an appeal*, <https://www.cato.org/publications/free-trade-bulletin/precedent-persuasion-crucial-role-appeals-court-wto-disputes>

⁸ El principio de aplicar un trato no menos favorable a los otros miembros que el acordado a sus propios nacionales (artículo III.2 del GATT).

Esto hacía muy difícil la aplicación de las reglas del GATT, minando su predictibilidad y seguridad jurídica. ¿Cómo la obligación de no discriminar puede ser aplicada a la realidad si es interpretada de forma diferente cada vez?

En este sentido, el OPA, a través de sus clarificaciones, ha traído consistencia y fuerza al derecho de la OMC.

El artículo 3.2 del ESD establece: “El sistema de solución de controversias de la OMC es el elemento esencial para aportar predictibilidad y seguridad al sistema multilateral de comercio. Los miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos de los miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”.

Adicionalmente, el mismo artículo señala que las resoluciones y recomendaciones del OSD no podrán agregar o disminuir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

Es decir, que la función tanto de los paneles como del OPA es sólo clarificar los derechos y obligaciones derivados del acuerdo, y no crear o eliminar derechos y obligaciones para los miembros.

Así pues, el ESD establece un sistema con dos niveles y sus decisiones son vinculantes para las partes.

El artículo 17 del ESD contempla que el OSD establecerá un OPA, el cual entenderá en los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales (paneles)⁹ y estará integrado por siete personas, de las cuales actuarán tres en cada caso. Las personas que formen parte del OPA actuarán por turnos, dichos turnos se determinarán en el procedimiento de trabajo del OPA.

El OSD nombra a las personas del OPA por períodos de cuatro años y pueden ser reelegidos una vez. En principio, las vacantes se cubren a medida que se van produciendo. La persona nombrada para reemplazar a otra cuyo mandato no haya terminado desempeñará el cargo durante el período que falte para completar dicho mandato.

En el numeral 5 del mismo artículo se señala que, por regla general, la duración del procedimiento entre la fecha en que una parte de la diferencia notifique formalmente su decisión de apelar y la fecha en que el OPA distribuya su informe no excederá de sesenta días continuos¹⁰.

Si el OPA no puede entregar su informe en el lapso de sesenta días deberá notificarlo y explicar sus razones al OSD y en ningún caso el procedimiento podrá exceder de noventa días.

La apelación tendrá por objeto sólo las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y la interpretación dada por éste.

Los costos (viajes, dietas) de las personas que forman el OPA correrán por cuenta de la OMC.

⁹ Grupo especial y panel su usarán en este trabajo como sinónimos.

¹⁰ Cuando se trate de casos de urgencia o productos perecederos, las partes, los grupos especiales y el OPA harán lo posible por acelerar sus actuaciones al máximo (párrafo 9 del artículo 4).

En cuanto al procedimiento del OPA, es necesario destacar el numeral 12 del artículo 17, que indica que el OPA examinará cada una de las cuestiones planteadas, de conformidad con el párrafo 6 del procedimiento de apelación, es decir que sólo examinará las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y la interpretación dada por éste.

Esto significa que el OPA podrá modificar, confirmar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial (párrafo 13 del artículo 17).

En cuanto a la adopción de los informes del OPA, los mismos serán aceptados por el OSD y por las partes sin condiciones, salvo, como ya hemos reseñado *supra*, que el OSD decida, por consenso, no aceptar este informe, dentro de los treinta días siguientes a la presentación del mismo a las partes.

II. LA PROBLEMÁTICA DEL ÓRGANO PERMANENTE DE APELACIÓN

En diciembre de 2019, la situación era que, debido a un bloqueo por parte de los Estados Unidos de América, no se habían podido elegir seis de los siete miembros del OPA cuyo período de funciones había terminado.

De acuerdo al ESD, ningún país podrá hacer efectiva la decisión de un panel que haya resuelto alguna controversia si existe una apelación pendiente¹¹. Ahora bien, la paralización del OPA implica de hecho una paralización del sistema de solución de diferencias en su totalidad, porque ¿por qué habrían de esperar los países miembros la decisión del OPA cuando éste está indefinidamente paralizado?

El papel de un tribunal superior en los sistemas nacionales es el interpretar y, a través de sus interpretaciones, más que resolver controversias, crear cuerpos de derecho. Esto es particularmente así en los países de *common law*¹². Los precedentes (decisiones) crean derecho y así crean también confianza en sus administrados.

Por otra parte, es obvio que toda interpretación implica creación, toda interpretación judicial crea derecho¹³.

Ahora bien, en el plano internacional, no existe un único tribunal superior sino que hay una variedad de cortes internacionales judiciales o *quasi* judiciales en distintas jurisdicciones internacionales¹⁴. Sin embargo, esas decisiones sólo son obligatorias para las partes del caso concreto, no existe una verdadera creación de derecho en virtud de los precedentes. Aunque sí puedan dar una guía, o crear unas reglas “informales” a través de sus decisiones.

Este papel en la creación de precedentes, parece ser el motivo fundamental de la crisis que se vive actualmente en el OPA.

El OPA, ya desde su primer caso¹⁵ señalaba “*que las decisiones no podían verse como soluciones aisladas en el derecho internacional público*” En su segundo caso¹⁶ el OPA indicó

¹¹ Artículo 16.4 del ESD.

¹² Más adelante ahondaremos en este término.

¹³ Nikken, Claudia. *Consideraciones sobre las fuentes del Derecho Constitucional y la interpretación de la Constitución*, Editorial Jurídica Venezolana y CIDEP, Colección Monografías 10, Caracas, 2018, p. 100.

¹⁴ Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia de La Haya, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, o el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur.

¹⁵ Caso *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*. Véase para un análisis más detallado David Palmetier, *op.cit.*

la importancia de los casos precedentes, y que las decisiones de los paneles jugaban un papel fundamental y que a menudo eran tomados en cuenta por subsiguientes paneles. También señaló que estas decisiones crean expectativas legítimas en los miembros y que, por lo tanto, deben ser tomadas en cuenta cuando fuesen relevantes para la disputa en cuestión. No obstante, el OPA también explicó que los precedentes no son vinculantes salvo para el caso que esté siendo deliberado.

Es decir, que el OPA trató de establecer la posibilidad de recurrir a interpretaciones pasadas en aras de la seguridad jurídica de los miembros, pero dentro del mandato de la OMC.

En el 2008 el OPA se enfrentó a esta misma disyuntiva en el caso de Estados Unidos vs. Stainless Steel México y utilizó un lenguaje en su decisión que generó alarma, particularmente en Estados Unidos. A nivel del panel, la Comunidad Europea argumentó que “*para que un panel se aparte de la decisión del OPA, el panel debe haber identificado razones convincentes*”¹⁷ para haber tomado una dirección diferente.

En la apelación el OPA usó razones convincentes:

La práctica en solución de controversias demuestra que los miembros de la OMC dan una importancia significativa a los razonamientos de los paneles y a los reportes previos del OPA, son citados en los argumentos de las partes y también son adoptados y seguidos tanto por los paneles como por el OPA. Adicionalmente, cuando se modifican o se dictan nuevas leyes nacionales, los miembros toman en cuenta las interpretaciones legales de los paneles y del OPA. Consecuentemente, las decisiones de los paneles y los reportes del OPA forman parte del *acquis*¹⁸ del sistema de solución de controversias de la OMC. Promover la seguridad y predictibilidad del sistema de solución de controversias, tal y como se prevé en el artículo 3.2. del ESD implica, en ausencia de razones convincentes, que el cuerpo decisor resolverá la misma cuestión legal en los mismos términos del caso precedente.

Lo único realmente novedoso expresado por el OPA en este último texto es la adición “*en ausencia de razones convincentes*”, que no está en el Acuerdo y que es, obviamente, una interpretación, un lenguaje interpretativo para clarificar el tratado. Y cualquier lenguaje nuevo trae preguntas, dudas.

Ahora bien, ¿cuáles son las objeciones de Estados Unidos al estándar de razones convincentes?

El bloqueo para la designación de los jueces del OPA por parte de Estados Unidos se basa principalmente en que el OPA trata los precedentes como vinculantes, y esto no está en consonancia con el mandato de la OMC para su solución de controversias y además Estados Unidos considera que esto no es apropiado para el sistema comercial internacional.

La objeción de los Estados Unidos básicamente es que el OPA ha pretendido cambiar la naturaleza del sistema de solución de diferencias de la OMC, al migrar de uno que asiste en la resolución de los conflictos entre sus miembros y que puede persuadir, a uno donde el peso del precedente es irrefutable.

¹⁶ Caso *Japón vs. Taxes on Alcoholic Beverages*.

¹⁷ En inglés se habla de *cogent reasons*.

¹⁸ *Acquis* es la legislación, los actos legales y las decisiones judiciales acumuladas que constituyen o forman el derecho, ya sea de un país, de una organización, en este caso de la Unión Europea (*acquis communautaire*).

Dicho de otra forma, Estados Unidos quiere mantener un sistema más político y menos jurídico, y a pesar de que alega que las decisiones del OPA son muy autoritarias, la realidad es que esa autoridad deriva del peso jurídico que implica respetar los precedentes. Mientras menos apego a las decisiones previas, más posibilidad existe de influir y argumentar políticamente¹⁹.

Ahora bien, si nos mantenemos en la formalidad del argumento de los Estados Unidos con respecto al cambio del sistema que ha experimentado la OMC, no es clara cuál es la verdadera diferencia en la práctica de ambos enfoques: persuasión versus uso del precedente; ya que, la justificación para apartarse del precedente está siempre presente, tanto en la persuasión como en la justificación para crear un nuevo precedente distinto del anterior.

En principio, el sistema de “common law” es aquel que es desarrollado y articulado solamente a través de decisiones judiciales, con una metodología única: usar los casos como creadores del derecho sustancial. Es por eso que se dice que las decisiones de los tribunales en aplicación del “common law” requieren muy poca creatividad, salvo que el caso en cuestión no esté cubierto por ningún caso precedente y deba entonces agregarse o crearse una nueva regla a través de la nueva sentencia. Sin embargo, también cabe la posibilidad de que el tribunal se separe del precedente cuando existan razones convincentes, razones de peso, que ameriten cambiar ese derecho creado por el precedente²⁰.

El veto de Estados Unidos en el nombramiento de los jueces del OPA que lo imposibilita de tener el *quorum* para funcionar y decidir lo tiene paralizado desde el 10 de diciembre de 2019²¹.

III. LA SITUACIÓN ACTUAL

Vista la parálisis del sistema de solución de diferencias de la OMC, el 30 de abril de 2020, la Unión Europea y otros miembros de la Organización Mundial del Comercio, diecinueve en total²², solicitaron formalmente el Acuerdo de Arbitraje de Apelaciones Provisionales de Múltiples Partes para resolver disputas comerciales (Multi Party Interim Appeal Arbitration Arrangement, en lo sucesivo MPIA), esto marca el inicio de la aplicación de este acuerdo a las disputas que surjan entre los miembros de la OMC.

¹⁹ Es interesante destacar que el momento histórico en el cual Estados Unidos decidió aceptar un sistema de solución de diferencias obligatorio, basado en derecho y no en política, en el comercio internacional fue un hito prácticamente irrepetible, se trataba del fin de los años 80 y comienzos de los 90, probablemente el momento en el que multilateralismo tuvo su momento estelar, acababa de caer el muro de Berlín, y la Unión Europea iba tomando más fuerza, así como la academia insistía en el establecimiento de un sistema jurídico obligatorio de solución de controversias. Véase para más detalles Hillman, Jennifer. *Three approaches to fixing the World Trade Organization's Appellate Body: The good, the bad and the ugly*, Institute of International Economic Law, Georgetown University, <https://iilaw.org/>

²⁰ Burnham, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, University of Michigan, 1993, p. 5 y ss.

²¹ Estados Unidos también ha bloqueado la aprobación del presupuesto de la OMC, por la preocupación de un mecanismo de apelaciones que funcione sin ellos.

²² Australia, Brasil, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, la Unión Europea, Guatemala, Hong Kong, Islandia, México, Nueva Zelandia, Noruega, Pakistán, Singapur, Suiza, Ucrania y Uruguay.

En la práctica el MPIA no se aplica automáticamente, porque los países que lo han acordado necesitan la aprobación de sus respectivos sistemas domésticos, y además existen temas financieros y de personal que están aún por definirse.

No obstante, el MPIA garantiza que se siga aplicando el sistema de solución de controversias de dos niveles, incluyendo pues un cuerpo de apelación imparcial e independiente

El MPIA funcionará bajo el ESD, en específico bajo su artículo 25 y lo hará con las reglas usuales para las apelaciones en la OMC pero con algunas novedades que buscan mejorar la eficiencia procesal:

Artículo 25:

1. Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes.
2. Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento el recurrido arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes que convendrán en el procedimiento a seguir. El acuerdo de recurrir al arbitraje se notificará a todos los Miembros con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso de arbitraje.
3. Sólo podrán constituirse en parte en el procedimiento otros Miembro si las partes que han convenido recurrir están de acuerdo con ello. Las partes convendrán en acatar el laudo arbitral. Los laudos arbitrales serán notificados al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes en los que cualquier miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellas relacionada.
4. Los artículos 21 y 22 del presente Entendimiento serán aplicables *mutatis mutandi* a los laudos arbitrales.

El MPIA no pretende sustituir al cuerpo de apelaciones de la OMC ya que, tan pronto éste salga de su paralización, las apelaciones serán manejadas por él. Es decir, el MPIA ha sido concebido como algo *ad hoc* y temporal y no es un tratado, sino más un compromiso político.

Como hemos visto, el artículo 25 prevé que los países miembros puedan recurrir a un arbitraje clásico para solucionar sus diferencias. Con un arbitraje la consistencia legal es menos importante que la solución del conflicto en sí. Algo a destacar es la voluntad política de los participantes de acordar ir previamente a este arbitraje, como mecanismo de apelación de la decisión del panel, independientemente de esta última. No hay duda de que se trata de mantener el derecho automático de apelación.

Los miembros deben elaborar una lista de diez candidatos para árbitros para este MPIA que deberá estar lista en los próximos tres meses, los árbitros serán llamados para casos específicos y serán independientes de la OMC. Su financiamiento aún está por decidirse. Estos árbitros no necesitan haber sido miembros del OPA y de esto se desprende que es probable que estos árbitros no tengan ningún apego a las decisiones del OPA, o al menos es algo factible. Asimismo, recordemos que se dice que las decisiones del OPA eran muy autoritarias, así que con respecto a las decisiones bajo el MPIA se espera que las mismas sean más conciliadoras.

Los árbitros deberán decidir la apelación en noventa días, y aunque aún no está claro cómo se hará cumplir este plazo, hay varias sugerencias en cuanto al tiempo límite, límite de páginas, límite de audiencias, límite en los reclamos que las partes pueden presentar, etc.

Los miembros de la OMC que no son parte del MPIA podrán participar ostentando el estatus de terceros, esto busca incentivarlos para que se unan al MPIA ya que, mientras más miembros tenga el MPIA, más poder e influencia tendrá.

En todo caso, como ya hemos indicado, se supone que el MPIA es una solución temporal pero sin duda demuestra la voluntad de los firmantes de mantener vivo el sistema de solución de controversias de la OMC.

Como el arbitraje no suspendería la decisión del panel, debe aplicarse el artículo 12.12 del ESD para obtener la suspensión de la aplicación de la decisión del panel.

Algunas de las críticas a esta solución son: i) que existe un riesgo de que el OPA desaparezca del todo, es decir, el riesgo de que un mecanismo temporal como el MPIA se transforme en algo permanente, ii) no hay realmente una obligación de ir al arbitraje, iii) si la parte perdedora decidiese apelar esto pondría todo el proceso de suspenso, y iv) finalmente, se supone, al menos en principio, que las decisiones arbitrales nunca serían formalmente adoptadas por el OSD y esto las pondría en una categoría etérea, esto debilitaría el sistema y el acervo legal de la OMC.

Otras soluciones planteadas para salir de la paralización del OPA son²³:

A. Crear un OPA paralelo

La propuesta es crear un sistema separado para decisiones relativas a antidumping, subsidios y salvaguardias (lo que se conoce como los temas esencialmente comerciales), ya sea creando un cuerpo de apelaciones separado para estos temas o eliminando, al menos temporalmente, las apelaciones de los paneles en estos temas. La creación de este cuerpo de apelaciones paralelo dividiría la carga del actual OPA, los jueces serían escogidos por los miembros con larga experiencia en el tema de los conflictos comerciales y se aplicarían normas espejo del OPA en cuanto a su procedimiento.

Este cuerpo de apelaciones paralelo estaría sometidos al mismo lapso para emitir su reporte (90 días), así como a los artículos 21 y 22 del ESD, al mismo método de consenso para revocar²⁴ con relación a sus decisiones, garantizando así prácticamente su adopción.

B. Cambiar la composición del OPA

Una variación de esta propuesta podría ser agregar al actual OPA dos miembros con amplia experiencia en controversias comerciales e insistir en que en cualquier decisión tomada por tres jueces debe contar con estos dos jueces agregados.

Esto implicaría modificar formalmente el ESD.

C. Mora en las apelaciones en las decisiones de soluciones comerciales

Establecer una moratoria en las apelaciones de las decisiones concernientes a controversias comerciales o incluso establecer que las decisiones de los paneles sean finales y definitivas, es decir, sin apelación.

El razonamiento detrás de esta propuesta es que los paneles ya actúan de hecho como un cuerpo de apelación porque revisan los remedios comerciales que han impuesto las autoridades nacionales.

²³ Hillman, Jennifer. *Three approaches to fixing the World Trade Organization's Appellate Body: The good, the bad and the ugly*, Institute of International Economic Law, Georgetown University, <https://iitelaw.org/>

²⁴ En inglés se conoce como "reverse consensus process" Es decir que debe haber un consenso para rechazar la decisión, de otro modo, la misma se entiende adoptada.

Esto podría implementarse a través del artículo 17.1 del ESD.

D. Modificar el ESD

Esto implicaría tomar varias medidas sustanciales para modificar el sistema de solución de controversias, entre las que se mencionan: i) modificar el lapso para apelar, en consonancia con la experiencia, extendiendo el lapso actual, ii) clarificar y limitar la posibilidad de que los miembros puedan continuar conociendo un caso una vez que su período ha terminado sólo en los casos en donde se haya producido la audiencia, iii) clarificar el artículo 13.12 en cuanto a que la apelación debe tratar todos los puntos presentados en la apelación en el sentido de que serán tratados sólo si son relevantes para la resolución decisión del caso, iv) clarificar que la ley local es un tema de hecho y no de derecho y que por lo tanto no cae dentro del ámbito de interpretación del OPA, y v) establecer una reunión anual entre el OPA y los miembros de la OMC para plantear las preocupaciones y temas concernientes a la jurisprudencia, y al sistema y su funcionamiento en sí.

Por otra parte, la propia OMC, en un documento de su Consejo General de fecha 4 de febrero de 2019²⁵ plantea, en su revisión sobre el funcionamiento del OPA, las siguientes tres opciones: i) mantener el *status quo*, ii) prohibir expresamente que tanto los paneles como el OPA recurran al precedente y iii) soluciones intermedias, como por ejemplo: que las decisiones del OPA se sigan adoptando por las partes a través del consenso para revocar, y que sólo la interpretación de la decisión en cuanto a si constituye o no un precedente de obligatorio seguimiento para el futuro se adopte por consenso; o que se admita que las decisiones del OPA son precedentes cuando las mismas se han repetido un número de veces dado en contextos similares.

CONCLUSIONES

1. La existencia de un OPA independiente de las presiones políticas es fundamental para el sistema de comercio internacional. Esto no quiere decir que sea algo inamovible, las instituciones deben adaptarse a los cambios, pero un OPA en el sistema de solución de controversias de la OMC da seguridad jurídica y por lo tanto, fortalece el sistema.

2. El bloqueo por parte de Estados Unidos de la designación de nuevos jueces para llenar las vacantes en el OPA impide que éste conozca nuevos casos, minando así el funcionamiento del mecanismo de solución de controversias de la OMC.

3. El argumento que ha esgrimido Estados Unidos para este bloqueo sobre el uso de razones convincentes, en lugar de persuasión, no parece muy claro en su aplicación práctica. Esta discusión parece enmascarar más el tema político que jurídico que subyace en esta objeción.

4. El MPIA, de momento, parece resolver la paralización del sistema de solución de diferencias. Sin embargo, es evidente que el sistema de solución de diferencias de la OMC debe ser concienzudamente revisado, si se quiere que siga siendo efectivo.

BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, Norberto. *Teoría Generale del diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1993.

Burnham, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, University of Michigan, Ann Arbor, 1993.

²⁵ WT/GC/W/761.

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1981.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Hoague, Eleanor C., *Diccionario Jurídico*, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, 1990.

Castro-Bernieri, Jorge y Sánchez Miralles, Samantha. *Legislación antidumping y sobre subsidios*, FUNEDA, Caracas, 1994.

Dreyer, Iana. Leap of faith: the new 16-member alternate appeals tribunal at the WTO, <https://borderlex.eu/2020/04/22/leap-of-faith-the-new-16-member-alternative-appeals-tribunal-at-the-wto/>

Gauthier, David. *La moral por acuerdo*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1994.

Hillman, Jennifer. *Three approaches to fixing the World Trade Organization's Appellate Body: The good, the bad and the ugly*, Institute of International Economic Law, Georgetown University, <https://iielaw.org/>

Jackson, John y Davey, William. *Legal Problems of International Economic Relations, Cases, materials and text*, American Casebook Series, Westpublishing Company, St Paul, Minnesota, 1986

Lester, Simon. Persuasive Value vs. Precedent in Appellate Body Reasoning, <https://ielp.worldtradelaw.net/2018/12/persuasive-value-vs-precedent-in-appellate-body-reasoning.html>

Lester, Simon and Bacchus, James. Of precedent and perception: the crucial role of an appeal, <https://www.cato.org/publications/free-trade-bulletin/precedent-persuasion-crucial-role-appeals-court-wto-disputes>

Nikken, Claudia. *Consideraciones sobre las fuentes del Derecho Constitucional y la interpretación de la Constitución*, Editorial Jurídica Venezolana, CIDEP, Caracas, 2018.

Palmeter, David. “La primera decisión del Órgano de Apelación de la OMC”, en *Revista de Derecho Internacional Económico, Aspectos sobre las relaciones económicas internacionales*, Volumen 1, Número 2, Segundo Semestre 1996, Funeda, Caracas 1996.

Rawls, John. *A theory of justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971.

Sánchez Miralles, Samantha. “El Acuerdo General Sobre el Comercio de Servicios (GATS). Su influencia en la Legislación Venezolana”, en *Revista de Derecho Internacional Económico, Aspectos sobre las relaciones económicas internacionales*, Volumen 1, Número 1, Primer semestre 1996, Funeda, Caracas 1996.

Suárez Mejías, Jorge Luis. *Constitución, Integración y Mercosur en Venezuela*, Editorial Jurídica venezolana y CIDEP, Caracas 2016.

https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2143&utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter.

www.wto.org.

ATRIBUCIONES DE LA UNIDAD DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL Y SU EVOLUCIÓN

Irma Lovera De Sola*

Abogado

Resumen: *Este trabajo se propone subrayar la forma inconstitucional e ilegal como se confieren atribuciones a los funcionarios que se han designado como responsables de la Unidad en materia de Arrendamientos de uso Comercial. Esta práctica irregular se aplica a otros organismos administrativos.*

Palabras Clave: *Arrendamiento, comercial, atribuciones, cargo.*

Abstract: *This piece highlights the unconstitutional and illegal manner in which officials assigned as responsible for the Commercial Use Leases Unit are bestowed attributions of power. This irregular practice is also applied to other administrative organisms.*

Key words: *Commercial leasing, lease, attributions, charge.*

I. INTRODUCCIÓN

El 23 de mayo de 2014 fue publicado el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial en la Gaceta Oficial N° 40.418, a partir de ese momento los arrendamientos de locales comerciales han tenido en Venezuela una normativa exclusiva para este tipo de alquileres, lo cual no tenía precedente, ya que la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios de 1999 incluía a todo tipo de alquileres urbanos y suburbanos y la Ley de Regulación de Alquileres de 1960 también.

Lo que dio lugar a que se separara la ley de alquileres comerciales del resto de la normativa para otro tipo de arrendamientos fueron una serie de acontecimientos que se encadenaron para provocar este efecto.

Como pudimos conocer, porque lo vivimos, cada cierto tiempo y sin una causa directa aparente, el gobierno nacional ordenaba una operación de fiscalización en los comercios de todo tipo, en cada oportunidad el gobierno se apoyaba en la ley de protección al consumidor, la ley de protección al acceso de bienes y servicios o la ley de precios justos que estuviera vigente en ese momento, esas inspecciones eran ampliamente difundidas por medios de comunicación y los funcionarios que participaban tenían amplias y discrecionales facultades para multar y cerrar los negocios; el primer objetivo de esas fiscalizaciones era verificar si se estaban vendiendo productos a los precios fijados por la administración pública, que en muchos casos el propio Ejecutivo sabía que los llamados precios regulados estaban por debajo del nivel de costo de producción.

* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, profesora de pre y postgrado de esa universidad, de la Universidad Santa María y Metropolitana, especialista en Derecho Inmobiliario, árbitro y mediadora.

Las fiscalizaciones de precios se realizaban a todo nivel desde productores, mayoristas hasta comercios al detal; con ocasión de las inspecciones ordenadas por la Superintendencia Nacional de Costos y Precios, que eran el reflejo inmediato de las órdenes dadas por el mayor jerarca del Poder Ejecutivo en sus larguísimas exposiciones televisadas, generó que las quejas de los arrendatarios de locales comerciales por lo que ellos consideraban el alza injustificada de los cánones de arrendamiento y de los gastos comunes o de mantenimiento de los centros comerciales que, afirmaban los comerciantes, no les permitía vender a los precios regulados por el Ejecutivo; esos reclamos tuvieron un receptor favorable que llevó esas quejas a las más altas esferas de gobierno que defendían públicamente con el argumento de que se buscaba proteger a los consumidores y en consecuencia también a los arrendatarios, en vista de la alta incidencia de los montos de los alquileres sobre el precio final de los productos.

Esa situación dio base al Decreto 602 emanado de la Presidencia de la República, publicado en la Gaceta Oficial N° 40.305 del 29 de noviembre de 2013, que por vía ejecutiva y con solo nueve artículos modificaba la ley vigente para los inmuebles destinados a uso comercial y sometía a una regulación restrictiva y uniforme a todos los montos de los cánones de arrendamiento de los locales comerciales a razón de Bs. 250 por metro cuadrado como máximo de inmueble comercial, y también al cobro de los condominios o gastos de mantenimiento de esos mismos locales limitados al 25% del canon mensual del alquiler, con lo cual todos los locales comerciales del país, sin diferenciación de su edad de construcción, dimensiones, estado de mantenimiento, servicios con los que cuenta, ubicación, calidad, estuvieran dentro o fuera de centros comerciales, solo podían rentar un máximo de Bs. 312,50 por metro cuadrado del inmueble alquilado, incluidos los gastos comunes.

Este decreto precipitó la necesidad de una legislación especial, ya que fundamentalmente en los centros comerciales los alquileres que se venían cobrando eran muy superiores a los fijados por ese Decreto 602 y los gastos de condominio o de mantenimiento eran mucho más altos que los que permitía cobrar ese mismo decreto, además de que no se permitían ajustes futuros de estos montos, por lo cual si perduraba en el tiempo la vigencia de este decreto iba a consolidarse una “congelación” de los montos de los alquileres comerciales, y después de la experiencia de haberse prolongado la congelación de los alquileres de vivienda durante más de diez años mediante la expedición de sucesivos decretos o resoluciones del Ministerio de Vivienda, era insostenible una situación semejante para los locales comerciales.

En forma apresurada y con gran tensión entre el Poder Ejecutivo y los representantes de los centros comerciales, propietarios de locales comerciales, asociaciones de franquicias y otros interesados, se diseñó y promulgó este decreto ley que fundamentalmente está pensado para normar a los locales ubicados dentro de centros comerciales y da un tratamiento legal igual e inadecuado en nuestra opinión, a los locales “a pie de calle”.

De esa tensión entre “partes” con intereses divergentes, puesto que el Ejecutivo pugnaba por someter a regulación los alquileres comerciales y los representantes de los centros comerciales aspiraban a la libertad de contratación, surgió este decreto ley con avances, retrocesos y contradicciones dentro de su propia normativa.

Producto de este escenario de apremios e intereses contrapuestos surgió la previsión del artículo 5° de esa ley que en lo sucesivo denominaremos Ley de Arrendamiento Comercial, y que dispone textualmente lo siguiente:

“El Ministerio con competencia en materia de Comercio, con asistencia de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE), ejercerá la rectoría en la aplicación de este Decreto Ley y en conjunto crearán las instancias necesarias para su aplicación. Corresponde al Ministerio con competencia en materia de Comercio la regulación sectorial del arrendamiento de inmuebles destinados al comercio, a partir de las disposiciones del presente Decreto Ley, y de los reglamentos que se dictaren en ejecución del mis-

mo. Cuando alguna norma incida en la materia competencia de otra instancia o Ministerio del Poder Popular, podrá ser objeto de regulación conjunta. En ejercicio de la atribución otorgada en el presente artículo, el Ministerio con competencia en materia de comercio podrá dictar regulaciones especiales para ciertas categorías de inmuebles destinados al comercio, o bien para categorías de arrendatarios o arrendadores con características particulares. Dichas regulaciones no podrán contrariar lo establecido en el presente Decreto Ley y procurarán el desarrollo de éste, o de los reglamentos dictados con fundamento en el presente.”

Ese organismo que estaba por crearse a la promulgación de esta ley debía ejercer las atribuciones que le daría el acto administrativo que lo constituiría, cuando en realidad sus funciones y atribuciones debieron incluirse en la propia ley para garantizar el derecho ciudadano de demanda, de petición y de defensa, pero no fue así, y este mismo vicio de omisión está presente en muchas de las leyes promulgadas en los últimos diez años.

Otro dato importante es que hasta ahora, el Ejecutivo no ha dictado en reglamento general de esta ley que se viene aplicando solamente con apoyo en la ley sin su debido desarrollo en un reglamento que debería facilitar su aplicación. Tampoco el Ministerio del Poder Popular para el Comercio Interno (que es como se denomina en estos momentos) ha dictado ningún reglamento, resuelto, instrucción o circular que oriente la aplicación de la ley.

II. COMO SE DEBEN DETERMINAR LAS ATRIBUCIONES DE UN ORGANISMO O DE UN FUNCIONARIO

El Título IV, Capítulo Primero de la Constitución de 1999, señala en el artículo 140 lo siguiente:

“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.”

Seguidamente en el Capítulo II de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) en su artículo 156 establece las competencias del Poder Público Nacional y en su numeral 32, señala que la organización y funcionamiento de los organismos nacionales le corresponde a este organizarlos, y lo dice textualmente de la forma siguiente:

“Es de la competencia del Poder Público Nacional: ...la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.”

Por otra parte, el artículo 236 de la CRRBV, numeral 20, indica textualmente:

“Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: ...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.”

Lo cual se traduce en que específicamente le corresponde al Presidente de la República la organización y funcionamiento de los órganos del Poder Nacional, en mi opinión, en el caso particular de la ley de Arrendamiento Comercial, se ordena al ministerio del área junto con la SUNDDE, la creación de una oficina administrativa determinada.

Pero en el caso presente, la ley a la que nos referimos no fue dictada por la Asamblea Nacional, sino que fue dictada en mayo de 2014, bajo la vigencia de una Ley Habilitante publicada en la Gaceta Oficial extraordinaria N° 6.112 de fecha de 19 de noviembre de 2013, por lo tanto fue el propio Presidente de la República en Consejo de Ministros quien promulgó la Ley de Arrendamiento Comercial, y por lo tanto es al mismo órgano que anuncia su creación al que le corresponde constitucionalmente organizarlo y dictarle sus atribuciones.

Sin embargo, el Presidente en Consejo de Ministros no lo hace, sino que delega esa facultad en el Ministro del ramo. Para el momento en que se designa la primera persona que desempeñaría el cargo de responsable de esa Unidad, en agosto de 2014, no se había dictado el Reglamento Orgánico de ese Ministerio, que fue publicado en julio de 2015.

Ese Reglamento Orgánico debió servir para poner orden a lo interno de ese ministerio, pero el mismo no incluye las facultades necesarias para el correcto funcionamiento de la Unidad de Arrendamiento Comercial, a su vez dependiente de la Dirección de Operaciones Comerciales, que tampoco tiene definidas atribuciones relacionadas con el arrendamiento comercial en ese Reglamento.

Así pues, queda claramente establecido que es al Ejecutivo Nacional al que le corresponde determinar las atribuciones de los órganos administrativos y de los cargos que serán ocupados por los funcionarios que designe y que tanto la propia Administración como el funcionario en el ejercicio de su cargo asume responsabilidades civiles, penales y administrativas, lo cual deriva en que en el caso de que debido a su actuación se produzca un daño, responderá de él, tanto la Administración Nacional como el funcionario, frente al Estado y a los ciudadanos.

El sentido de esta norma es de enorme importancia, ya que al definirse las atribuciones de un cargo determinado al mismo tiempo se les señala claramente a los ciudadanos a que ente o persona designada para ese cargo debe dirigir su solicitud, en virtud del derecho constitucional de petición y de acción, y que ese funcionario tiene el deber de darle respuesta una vez tramitado el procedimiento administrativo que corresponda según la materia de que se trate.

Así mismo el ciudadano solicitante se convierte en interesado en ese procedimiento, se le debe notificar cualquier decisión, paralización o respuesta que se de a su petición y además ese solicitante tiene derecho a defender sus pretensiones frente a la Administración Pública, a presentar pruebas y alegatos, por ser parte en ese procedimiento y a impugnar, por los diferentes medios contenidos en las leyes, el contenido o la forma del acto administrativo proferido por ese funcionario.

Por lo tanto, es de suprema importancia que al crearse un organismo de la administración se determinen sus atribuciones, tanto de los órganos como de los cargos que integran la administración pública nacional.

El Sr. José Peña Solís en su libro *Manual de Derecho Administrativo* publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en el año 2002, cita a Manuel Diez¹ quien dice textualmente:

“...cuando el titular del órgano está actuando frente a terceros y desarrolla una competencia de la cual es titular, entra en vinculación con la administración mediante una **relación** orgánica y por un fenómeno de incrustación en la propia organización, es una actuación por y para la organización. Si, por el contrario, el titular del órgano actúa contra la organización, ya no se tiene en cuenta su relación orgánica, sino su relación de servicio, es decir, su posición de funcionario, y así es, en efecto, porque cuanto un funcionario reclama un sueldo o un derecho a la asistencia, no puede decirse que realiza una actividad orgánica, sino que actúa como persona física, en cuanto tercero, frente a la misma organización.”

La consecuencia directa de que se hayan señalado de la forma constitucional y legal antes mencionada las atribuciones de un funcionario es al funcionario en razón de que forma parte de una organización, es decir que las atribuciones son para el cargo, para el ejercicio del cargo, no para la persona natural que temporalmente lo ejerce.

¹ *Derecho Administrativo*, Tomo I, Omeba, Buenos Aires, 1963.

Esa persona que ejerce un cargo que ha sido definido para ejercer determinadas atribuciones, no actúa como persona natural sino como funcionario investido para ese cargo, con las responsabilidades derivadas del ejercicio de ese cargo.

III. CASO PARTICULAR DE LA UNIDAD DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL

En ejecución de ese mismo artículo 5° de la Ley de Arrendamiento Comercial, anteriormente citado en la introducción de este trabajo, que designa como ente rector en esta materia de arrendamiento comercial al Ministerio con competencia comercial con la asistencia de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE) y señala que se crearían instancias especializadas para su aplicación.

Justamente el Ministro del Poder Popular para el Comercio designó por primera vez después de promulgada esa ley, como responsable de la **Unidad en Materia de Arrendamiento Inmobiliario para Uso Comercial** a una funcionaria, mediante Resolución 057-14 publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.472 del 11 de agosto de 2014².

Algo peculiar que se debe señalar en esta Resolución es que se designó a una persona como responsable de ese organismo administrativo, sin que previamente se hubiera creado esa oficina, y en esa misma Resolución se le asignaron 15 atribuciones y una atribución residual, es decir las demás que le señalen las leyes, reglamentos y resoluciones y se le delega la firma para todo lo relacionado con arrendamientos comerciales.

En nuestro país con frecuencia se incurre en la creación de un organismo administrativo único ubicado en la ciudad capital del país, Caracas, para atender una problemática de arrendamiento en todo el territorio nacional y este es uno de esos casos, la Unidad de Arrendamiento Comercial debería recibir y tramitar solicitudes de todo el país. De una forma parecida sucedió con la Ley de Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, que creó la Superintendencia Nacional de Arrendamientos de Vivienda (SUNAVI) que funciona en Caracas y no se crearon delegaciones en el interior ni se permitió atribuir esa competencia por delegación a las Alcaldías como se había hecho en leyes anteriores ya derogadas. Fue con posterioridad que se delegó en las oficinas estatales del Ministerio con competencia de Vivienda, la facultad de gestionar los procedimientos pautados en esa ley especial, pero como no se delegó la firma, todas las resoluciones del interior del país tienen que ser firmadas por el Superintendente en Caracas.

Lo más importante de esta Resolución que comentamos que contiene la designación de una funcionaria para un organismo inexistente, es conocer las numerosas atribuciones que se le confieren, a esa funcionaria en particular, no al titular del cargo para el cual se le ha designado, sino a la persona natural con nombre y apellido que aparece en el Resuelto, así que al salir esa persona en particular del cargo, por cualquier motivo, quedaría esa Unidad, si existe, vacía de atribuciones. Aunque también podría pensarse que la Unidad es ella, la funcionaria y que si esa funcionaria deja el cargo, la Unidad desaparece.

Esas atribuciones conferidas a esa funcionaria fueron las siguientes:

1. Velar por la aplicación y cumplimiento de la ley de arrendamiento inmobiliario de uso comercial.
2. Planificar y diseñar políticas sobre la materia.

² <http://www.tsj.gov.ve/gaceta/agosto/1182014/1182014-4046.pdf# page=9>.

3. Recibir, sustanciar y decidir las solicitudes de resolución de controversias que se susciten entre arrendadores y arrendatarios con motivo de esta ley y coordinar conjuntamente con la SUNDDE la asistencia técnica necesaria para cumplir con esta ley.
4. Actuar como instancia de mediación y conciliación entre arrendadores y arrendatarios y resolver las controversias.
5. Exhortar al cumplimiento de la ley.
6. Recibir denuncias y abrir los procedimientos administrativos y decidir la aplicación de sanciones.
7. Desconocer la constitución de sociedades y la celebración de contratos o la adopción de fórmulas que menoscaben los derechos de arrendadores y arrendatarios, según el caso.
8. Informar a los tribunales acerca del agotamiento de la vía administrativa en caso de aplicación de medida cautelar de secuestro.
9. Ordenar la inspección de locales de uso comercial para verificar situaciones de hecho.
10. Llevar un registro de inmuebles de uso comercial, así como de las administradoras de los mismos.³
11. Garantizar la participación de propietarios y arrendatarios en el Comité Paritario de Administración del Condominio.
12. Recibir y tramitar denuncias acerca de violaciones en la fijación del canon de arrendamiento de inmuebles comerciales, pudiendo solicitar la asistencia de la SUNDDE.⁴
13. Solicitar apoyo para la determinación de hechos suscitados en los inmuebles de uso comercial.
14. Firmar los documentos relacionados con el ejercicio de sus funciones.
15. Remitir informes bimensuales al Viceministro de Gestión Comercial del ejercicio de sus funciones.
16. Demás atribuciones que le confieran las leyes, reglamentos y resoluciones.

En resumen, dentro del Ministerio de Comercio se ha puesto en funcionamiento un organismo que previamente no había sido creado, para que se ocupe de la aplicación de la Ley de Arrendamiento Comercial, reciba, tramite y decida los conflictos que se le planteen relacionados con este tipo de alquileres, gestione un procedimiento administrativo conciliatorio o de mediación, resuelva sobre las solicitudes de medida preventiva de secuestro sobre locales comerciales, antes de que el juzgado de la causa decreta la medida judicial de secuestro sobre algún inmueble arrendado de uso comercial, con expresa delegación de firma del Ministro del ramo a este funcionario responsable de esta Unidad.

Es significativo señalar que esta Unidad no tiene facultades para fijar los montos de los cánones de arrendamiento comercial ni para decidir cuál de las tres modalidades de fijación de esos alquileres que están contempladas en el artículo 32 de la ley, debe ser aplicado al caso concreto, ya que la ley señala que la fórmula a elegir y el monto del alquiler deben ser acordados entre las partes y solamente en caso de divergencias irreconciliables podrían acudir a esta Unidad.

³ Este registro no está previsto en la ley.

⁴ La ley no prevé que la SUNDDE regule los alquileres de locales comerciales.

Sin embargo es pertinente indicar que este tipo de desacuerdos generalmente surgen en el momento en que las partes están negociando un contrato, cuando el interesado en alquilar aún no tiene cualidad de arrendatario y se ve en la situación de tener que aceptar las condiciones que pone el arrendador, y otras veces, más frecuentes, cuando el arrendador o el arrendatario desea modificar el criterio o modalidad de cálculo del monto del alquiler que ha regido ese contrato ya vigente y generalmente pendiente de prórroga, situación esta en que las partes prefieren ceder antes que acudir a un organismo que resultaría interventor en la relaciones entre esas partes.

Es importante señalar que se confiere a esta oficina administrativa una atribución netamente judicial como es la contenida en el numeral 7, que permite a este órgano administrativo desconocer “la constitución de sociedades y la celebración de contratos”, así como también se le da la potestad de evaluar si debe ser decretada medida preventiva de secuestro sobre un local una vez demandado el arrendatario por algún incumplimiento, que realmente estas atribuciones corresponden exclusivamente al ámbito jurisdiccional.

El 5 de diciembre de 2014, la Ministra del Poder Popular para el Comercio dictó Resolución DM/100-14 publicada en la Gaceta Oficial 40.576 del 8 de enero de 2015, mediante la cual designa a otra ciudadana como responsable de la Unidad a la que nos venimos refiriendo, adscrita al Viceministro de Gestión Comercial, y nuevamente, se enumeran las atribuciones de esa funcionaria en particular⁵, no para el titular del cargo.

Así pues, queda establecido que cada vez que se designa a una persona para ser “responsable” de esa oficina administrativa, se le asignan de manera personal y no como titular del cargo, las funciones y atribuciones que podrá desempeñar.

El 16 de julio de 2015, fue dictado mediante Decreto 1.890 de la Presidencia de la República, el Reglamento Orgánico del Ministerio para el Poder Popular para el Comercio, publicado en el número extraordinario de la Gaceta Oficial 6.190. En ese Reglamento se establece la estructura organizativa, funciones de las diversas dependencias de ese Ministerio, y debido a que la Unidad en materia de arrendamiento comercial está adscrita al Viceministro de Gestión Comercial, se señalan en el artículo 19 las atribuciones de ese viceministro, y en el numeral 19 dice:

“Generar las condiciones y procedimientos para regular y controlar la relación entre arrendadores y arrendatarios, de inmuebles destinados para el uso comercial, con el órgano competente en la materia”.

A su vez el Viceministerio de Gestión Comercial está integrado, entre otras direcciones, por la Dirección General de Operaciones Comerciales, a la cual se le asignan en ese Reglamento sus atribuciones en el artículo 24.

Ninguna de esas atribuciones están relacionadas en forma directa a los arrendamientos comerciales, quizás podría considerarse que la última indicada, en el numeral 7, que dice:

“Las demás que señale el ordenamiento jurídico aplicable.”

Pero el detalle relevante es que cuando se dictó la Ley de Arrendamiento Comercial esa Dirección General de Operaciones Comerciales no existía, en cambio ya estaba en funcionamiento con atribuciones definidas en la resolución que designó al “responsable” de la Unidad de Arrendamiento Comercial que no se menciona en el Reglamento orgánico del Ministerio.

⁵ Artículo 2. “La ciudadana designada tendrá las siguientes atribuciones...”

Interesa conocer estas atribuciones de la Dirección General de Operaciones Comerciales de ese Ministerio, quedará explicado seguidamente.

Posteriormente, el 9 de diciembre de 2016, el Ministro para el Poder Popular para la Industria y Comercio, dicta la Resolución 165/16, publicada el 15 de diciembre de 2016 en la Gaceta Oficial 41.053, mediante la cual designa al ciudadano en ella identificado como Director General de Operaciones Comerciales de ese ministerio y señala que de acuerdo con el Reglamento Orgánico del Ministerio del P.P. para el Comercio, ya citado, ejercerá las atribuciones indicadas en ese Reglamento "...las que se indican a continuación", con lo cual se agregan diez atribuciones más (que no aparecen en el Reglamento Orgánico del Ministerio) para ese funcionario en particular y no para quien ejerza ese cargo.

Las atribuciones del Director General de Operaciones Comerciales del Ministerio del P.P. para el Comercio, agregadas mediante la Resolución que contiene su designación, son las siguientes:

1. Ejecutar políticas formuladas por el Ministro en materia de arrendamiento inmobiliario para uso comercial.
2. Verificar el cumplimiento de deberes y el ejercicio de derechos por parte de los sujetos que son parte en las relaciones contractuales derivadas del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial.
3. Recibir y procesar denuncias sobre incumplimiento de las disposiciones del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial.
4. Sustanciar de oficio o a instancia de parte, procedimientos administrativos, con ocasión a las relaciones contractuales regidas por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial.
5. Coordinar con la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDEE) inspecciones y fiscalizaciones a inmuebles arrendados con fines comerciales.
6. Sustanciar procedimientos de arreglo amigable de controversias entre arrendadores y arrendatarios, derivadas de las contrataciones reguladas por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento inmobiliario para el Uso Comercial.
7. Imponer las sanciones e indemnizaciones establecidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, previo cumplimiento del debido proceso y respeto del derecho a la defensa.
8. Divulgar el contenido del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial.
9. Desarrollar actividades de formación sobre los deberes y derechos contenidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial.
10. Certificar los documentos que reposan en los archivos de la Dirección de conformidad con lo previsto en la ley.

Así pues podemos observar la manera informal y yo afirmaré que ilegal y fuera de la reglamentación orgánica de ese Ministerio, como en sucesivas disposiciones administrativas se asignan responsabilidades, funciones y atribuciones a determinadas personas, no porque

ejerzan un cargo determinado que involucre el ejercicio de esas atribuciones, sino, aparentemente, se amplían o se restringen las atribuciones según se trate de una persona en particular y no como debería ser y como la garantía del estado de derecho exige, que quien ostenta un cargo cuenta con determinadas atribuciones que es un derecho y su deber ejercer.

Además de este vicio señalado de otorgar determinadas atribuciones a personas en particular, nos encontramos que el Poder Ejecutivo en sus diversas manifestaciones, dicta un Reglamento Orgánico para cada ministerio, pero no lo respeta, porque a su sola conveniencia amplía o reduce las atribuciones de un funcionario pasando por encima, o por debajo, del reglamento dictado por el propio Poder Ejecutivo, que no se compadece con su propia normativa.

A pesar de que pueda considerarse una desviación del tema central de este trabajo, debo señalar que de la lectura de muchas de las Gacetas Oficiales más recientes de los últimos cuatro años, nos había llamado la atención la cantidad de designaciones de funcionarios con la condición de encargados y no como titulares de esos cargos, ahora, ante esta constatación detallada, en el caso del organismo encargado de la aplicación de las políticas sobre arrendamientos comerciales, de la manera como se está procediendo en la determinación de las atribuciones de los funcionarios nos percatamos de que se trata de una política de Estado el determinar las capacidades específicas de un funcionario, no en función de su cargo sino de su persona, lo cual vulnera derechos fundamentales de los ciudadanos, no solamente derechos de la persona a quien se designa en un cargo que hasta tanto se publique su nombramiento en la Gaceta no conocerá cuáles serán sus funciones, sino también y más grave aún, se violenta al ciudadano común su derecho de petición y de acción porque no sabe a cuál órgano administrativo acudir para presentar su petición, sino que tampoco sabe, habiendo iniciado un procedimiento administrativo, si el nuevo funcionario que se designe estará “habilitado” para continuar su proceso, porque no existen cargos con atribuciones definidas sino funcionarios con los poderes que le conceda el jerarca. También se violenta la estabilidad de la estructura misma del Estado que debería brindar al ciudadano certezas para el ejercicio de sus derechos.

CONCLUSIÓN

Como bien sabemos la determinación de las atribuciones de un organismo o de un funcionario establece la responsabilidad de la Administración en dictar actos administrativos generales o particulares que afectan derechos generales o particulares, y la posibilidad de que los ciudadanos ejerzan acciones o recursos contra esos actos, incluso exijan indemnización por daños ocasionados.

De la manera como se vienen señalando atribuciones a personas naturales que se designan para determinados cargos, me pregunto ¿Si la reclamación que pudiera tener un ciudadano por actos dictados por ese funcionario debería ser asumida de manera personal? ¿El órgano, es decir, el cargo o la oficina administrativa podría asumir la indemnización de un daño ocasionado por un acto dictado por una persona natural que solo temporalmente ostenta una atribución?

¿Será que lo que observamos como una irregularidad, una falta total de fundamento legal y constitucional para la atribución de competencias se hace intencionalmente para que el Estado no responda de los eventuales daños que se puedan causar a los ciudadanos?

Esta viciada práctica de asignar atribuciones a la persona que se designa en un cargo y no al cargo mismo, genera violaciones de derechos de los ciudadanos, ya que no se sabe con precisión si un funcionario tiene o no una determinada función y surge la incógnita sobre a qué funcionario hay que dirigirle una determinada petición con el riesgo de hacerlo frente al

que no ostenta esa atribución sin la certeza de que se respetará el derecho del ciudadano ni si se remitirá la petición al funcionario que si esté investido de ese atributo sin que transcurra contra el ciudadano el plazo de caducidad de la solicitud o recurso.

También los ciudadanos ¿para interponer una solicitud o presentar un recurso tendrían que revisar el acto administrativo mediante el cual se le designó, el reglamento orgánico de ese despacho, la ley sobre la que se apoya la creación de esa oficina y llegar hasta la Constitución para estar seguro de que todo está en orden para que el funcionario sea competente para tramitarlo? Y podrían encontrarse con que las piezas de ese delicado rompecabezas no encajan y puede llegar a suceder que una persona natural tenga facultad para tramitarlo o que nadie la tenga.

Además instaura un desorden total en la Administración Pública, porque dependerá el ánimo o de la confianza de quien tiene la potestad de determinar atribuciones si le dará o no a un nuevo designado las mismas potestades que tenía su antecesor o no.

Si ese funcionario investido de esa potestad cesa en su cargo por cualquier motivo, se crea un vacío porque aún en el caso de que esté prevista la manera de llenar la vacante temporal, quien asuma ese cargo no tiene las atribuciones del funcionario a quien sustituye. Los procedimientos quedarían paralizados hasta tanto se designe al nuevo titular del cargo y se le confiera la atribución específica para continuar los procedimientos que han quedado estancados.

De la forma constitucionalmente establecida quien ocupa un cargo tiene ya un perfil de atribuciones conocidas y los ciudadanos también saben a qué atenerse; podría darse el caso que recibida y tramitada una solicitud por un funcionario, se designara a otro que no tenga la atribución necesaria para continuar ese procedimiento y se vería afectado el derecho de ese ciudadano.

Hasta el momento en que se elabora este trabajo, esa Unidad en Materia de Arrendamiento Inmobiliario para Uso Comercial no tiene las asignaciones presupuestarias que requiere para instalarse, no cuenta con los equipos humanos ni materiales necesarios para conocer y aplicar esta ley especial, ni los elementos básicos de conocimiento de la materia, así como tampoco cuenta con los funcionarios requeridos para desplegar el ejercicio de todas estas atribuciones de compleja aplicación que le han sido asignadas. Además de que el Reglamento que regirá gran parte de su accionar administrativo y su procedimiento no está en la ley y tampoco existe reglamento que lo señale porque no ha sido dictado.

Después de reseñar todas estas violaciones a normas jurídicas de todos los rangos, que podemos pensar; además pareciera que esas normas se han ignorado, porque el propio Poder Ejecutivo dicta un Reglamento Orgánico y seguidamente lo viola, lo ignora, le agrega atribuciones a un funcionario que no están contempladas en ese reglamento. Se ha instaurado un ejercicio del poder sin normas que lo acompañen o lo fundamenten, es el poder puro que solo puede llamarse atropello de toda norma.

Sobre este tema se puede y debe profundizar mucho más, ya que este breve trabajo solamente ha pretendido subrayar las deficiencias, ilegalidades e inconstitucionalidades en un caso concreto que atañe a la especialidad que he ejercido durante más de cuarenta años, pero este tipo de atropellos a la constitucionalidad y a la legalidad se repiten en otros muchos casos y señalan la titánica tarea que corresponderá a los juristas cuando llegue el día de instaurar el respeto a las normas y organizar la administración nacional, estatal y municipal de la forma rigurosa como fue diseñada en nuestra Constitución.

FRANCISCO DE MIRANDA: NOTAS SOBRE EL LEGISLADOR OLVIDADO

A 270 años de su natalicio

Enrique Urdaneta Fontiveros*

*Profesor Titular de Derecho Civil de la
Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)*

Resumen: *Este artículo describe la labor de Francisco de Miranda como constituyente, así como sus contribuciones como redactor de leyes, proclamas y acuerdos para imponer su anhelo independentista y forjador de la nacionalidad en la América hispana.*

Palabras Clave: *Francisco de Miranda, Independencia hispanoamericana.*

Abstract: *This article describes Francisco de Miranda's contributions as drafter of constitutional projects, legislations, accords and proclamations in furtherance of the Spanish-American Independence.*

Key words: *Francisco de Miranda, Spanish-American Independence.*

La figura de Francisco de Miranda, egregia y universal, siempre fue reverenciada por mi familia. Su leyenda de héroe trágico que protagonizó las tres revoluciones más significativas de su tiempo, de pensador versado en todo lo humano, de trashumante incansable considerado uno de los fundadores del género de los diarios de viaje, de americano que sacrificó su existencia para crear y definir nuestra nacionalidad, concitó siempre la admiración y el respeto de mis antepasados. Mi abuelo, Enrique Urdaneta Maya, fue un conspicuo mirandino.

Aunque sería Guzmán Blanco en 1883, al erigirle una estatua de bronce, el primero que desde el alto gobierno le rindió justo homenaje al prócer, fue el general Joaquín Crespo quien realmente reestableció la valía y dimensión del Precursor en nuestra historiografía al decretar la celebración nacional de la “Apoteosis de Miranda”. Durante tres días, entre el 3 y el 5 de julio de 1896, se realizaron actos y fiestas cívicas en todas las ciudades del país. En Caracas hubo obras teatrales, conciertos y desfiles, se inauguraría el Panteón Nacional y la famosa pintura “Miranda en la Carraca” de Arturo Michelena ganaría el premio de la Exhibición artística convocada en el marco de aquella conmemoración, consagrando definitivamente a Miranda en la iconografía nacional y el inconsciente colectivo.¹

* Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Al respecto, véase: Salvador González, José María. “La imagen artística de Francisco de Miranda a fines del siglo XIX y su impacto en la sociedad venezolana de entonces”, en *Congreso Internacional Conmemoración del Bicentenario de la Expedición Libertadora de Francisco de Miranda: “Las independencias de la América Latina: Génesis, proceso y significado actual”*, Universidad Nacional Experimental Francisco de Miranda, Coro, Venezuela, 31 julio-3 agosto 2006. Disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/7062/>, consultado el 20 de diciembre de 2020.

En esa celebración fue justamente mi abuelo Enrique Urdaneta Maya uno de los llamados, desde la tribuna del Palacio de Gobierno de Trujillo, a rendir con sus palabras un sentido homenaje al relegado mártir que volvía a ocupar un sitio de honor en el afecto de la patria y en el corazón de los venezolanos:

“¡Francisco de Miranda! ¡Qué mezcla confusa de recuerdos tristes y sentimientos elevados se agitan en mi ser al evocar este augusto nombre! ¡Oh Miranda! ¡Cuánto te ha compadecido mi imaginación de niño! ¡Cuánto te ha admirado mi imaginación de hombre!

Como los grandes hombres de la Antigüedad iniciaste la carrera de tu vida por el estudio, para así servir en más grande escala a tu adorada Patria; como ellos fuiste a sorprender los secretos de la Ciencia en ignotas y lejanas tierras, para regresar con ellos y vulgarizarlos en la imaginación del pueblo. Fuiste sabio y virtuoso como el ateniense Solón, héroe y patriota como el espartano Leónidas; y ¡Oh! dolor calumniado y mártir como el héroe de Maratón.”²

No le faltaba razón a mi abuelo cuando resalta la insaciable curiosidad científica y humanista de Miranda. No solo fue un lector voraz, dueño de varias monumentales bibliotecas alabadas por sabios y estudiosos que las frecuentaron, sino también un pensador que alcanzó a iluminar saberes tan disímiles como la música y la medicina, las bellas artes y la historia militar, la política, la filosofía y la religión. Es conocido su dominio casi perfecto del inglés y el francés, así como su comprensión del griego y el latín, aunado a sus conocimientos del italiano, el portugués y el alemán.

Pero si bien las muchas facetas de Miranda han sido exploradas con frecuencia y constancia, sobre todo las de militar, viajero y revolucionario, su enigmática personalidad, fantaseada y recreada al calor del romanticismo decimonónico, terminó siendo más popular por sus revelaciones íntimas vertidas en sus diarios y cartas que por sus logros públicos trascendentes.³ Esa mirada desviada, casi morbosa, que nos lega a un Miranda a medio camino entre Casanova y el Marqués de Sade apoca la sustancial obra de pensamiento que, desde luego, merece primacía antes que sus lances amorosos o las anécdotas sensuales, a todas luces irrelevantes y episódicas cuando hablamos de uno de los mayores portentos intelectuales que diera la América en el siglo XVIII antes de Bello. Fue Miranda quizás el espíritu más avanzado que haya nacido en el suelo venezolano y, sin duda, el primer latinoamericano de significación universal y el símbolo más elocuente del drama venezolano.⁴ Precisamente un rasgo que no ha recibido la suficiente atención en el Precursor, salvo honrosas excepciones, es el de legislador. Materia extensa y profunda, en estas líneas apenas me propongo escudriñar someramente en la epidermis de este tema.

Como cosa de la fortuna es precisamente Andrés Bello uno de los primeros que deja patente la contribución inmensa de Miranda en el campo de las leyes. Lo ha conocido en Lon-

² El texto completo de las palabras pronunciadas por el Dr. Enrique Urdaneta Maya en el acto oficial en el Palacio de Gobierno para la celebración de la Apoteosis del Generalísimo Francisco de Miranda, el 5 de julio de 1896 en la ciudad de Trujillo, se incluye como anexo al final del presente trabajo.

³ No en vano Polanco Alcántara, citando a Parra Pérez, expresa que “Miranda es el Prócer de nuestra Historia sobre el cual se han escrito más mentiras, se han inventado más leyendas y se han creado más fantasías”. Polanco Alcántara, Tomás. *Francisco de Miranda ¿Ulises, Don Juan o Don Quijote?*, Editorial Vencemos, Caracas, 1997. p. 9.

⁴ Caldera, Rafael. “Francisco de Miranda”, en *Moldes para la Fragua*, Dimensiones Caracas, Venezuela, 1973, p. 43.

dres, en su casa de Grafton Street, donde recaló junto con Bolívar y López Méndez en 1810. Allí vive un tiempo, admirado con la biblioteca de más de 6.000 ejemplares, antes de que el propio Miranda embarque a Caracas y Bello se establezca en Londres por muchos años. Cultor de Virgilio, el gran poeta que era Bello descubre en aquella magnífica estancia hasta 17 ediciones diferentes de las obras del maestro del Dante. Muchas veces durante aquel período de residencia londinense y en ausencia del dueño, Bello abrevará de las fuentes atesoradas con tanta pasión por el bibliófilo que fue Miranda.

En carta respuesta de John Robertson a Andrés Bello del 10 de diciembre de 1810, agradeciéndole que éste le presentara al Precursor, Robertson afirma tener la misma opinión que Bello sobre Miranda:

“Mi opinión es muy conforme a la de usted respecto de este hombre ilustre, y no he necesitado mucho tiempo para reconocer en él al estadista, al guerrero y al legislador consumado.”⁵

Y para más prueba en su célebre “Alocución a la poesía” (1823), Bello ensalza en versos límpidos a Miranda y como primera mención se refiere a su devoción por las leyes:

*¡Miranda! de tu nombre se gloria
también Colombia; defensor constante
de sus derechos; de las santas leyes,
de la severa disciplina amante.*

Constitucionalista y hombre de leyes autodidacta, Miranda fue un seguidor de los grandes pensadores del empirismo. De John Locke, padre del liberalismo clásico, hizo suya la idea de los cuatro derechos naturales que el Estado debía proteger, a saber, la vida, la libertad, la propiedad, que no era absoluta, y el derecho mismo a defenderlos todos. El ciudadano cedía al Estado la responsabilidad de velar por estos derechos a través de un pacto entre el individuo y el colectivo llamado Constitución. De David Hume ponderó y apreció la importancia del Estado de Derecho y la moderación política tanto en el respeto a lo comunitario como al espíritu de lo público. También llegó a compartir la visión de Hume sobre un Estado mixto (monárquico y republicano a la vez, en el sentido inglés) para proteger la justicia y salvaguardar la libertad de prensa. Igualmente de importancia en su biblioteca fue “De los delitos y las penas” (1764), el popular libro del Marqués de Beccaria en donde se sostenía que los delitos eran violaciones al contrato que garantizaba el orden de la sociedad, protegía los derechos de los individuos. Para los delitos se requería la proporcionalidad de la pena, excluyendo la de muerte que el italiano reconocía como inútil pues no impedía los crímenes ni tenía fuerza disuasoria. Esta comprensión humana de la justicia estuvo muy acendrada en Miranda como se demuestra en los muchos eventos que protagonizó tanto en la Revolución francesa como en la guerra de Independencia en Venezuela, lo que por cierto le ganó detractores y críticos entre los que se cuenta el propio Bolívar.⁶

⁵ Bello, Andrés. *Obras Completas*, Vol. XXV, La Casa de Bello, Caracas, 1984, p. 20.

⁶ Bolívar en su “Manifiesto de Cartagena” de 1812, intentando explicar el porqué de la caída de la Primera República, llega a denostar de los métodos civilistas empleados, lo que seguramente le impulsará a su cruel e inhumano Decreto de guerra a muerte de 1813. En el mencionado “Manifiesto de Cartagena” sostiene entre las razones de dicha pérdida haber tenido “*filósofos por jefes, filantropía por legislación, dialéctica por táctica y sofistas por soldados*” en una clara alusión a Miranda. Al respecto véase: Simón Bolívar, “Manifiesto de Cartagena”, en: *Doctrina del Libertador*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1985, p. 8 y en *Itinerario Documental de Simón Bolívar. Escritos selectos*, Ediciones de la Presidencia de la República, Caracas, 1970, pp. 115 y ss.

Pero sin duda fue en Montesquieu donde Miranda encontró a su verdadero maestro sobre la organización del Estado, el Derecho constitucional y el imperio de la ley. En su biblioteca Miranda logró tener la colección completa de las obras del barón francés, pues éstas ya habían sido reunidas en una primera edición en Ámsterdam en 1758. Sin embargo, sería “El espíritu de las leyes” el libro señero y primordial en la consideración del Precursor. Tanto lo fue que al visitar en abril de 1789 el Castillo de la Brede, donde Montesquieu lo escribiera, Miranda asentó en su Diario: “¡No me hartaba de considerar el sitio en que la más brillante obra del espíritu humano se había producido!”⁷ Como Montesquieu, Miranda admiraba la Constitución inglesa, que si bien no es un único documento escrito, es una constitución no codificada y plasmada en una serie de leyes, tratados, acuerdos parlamentarios, prerrogativas reales y reflejada en numerosas sentencias. Pero prueba de su pensamiento crítico es que en alguna oportunidad también la criticó, pues llegó a sostener que mucho de lo escrito por Montesquieu sobre la Constitución inglesa en “El espíritu de las leyes” no existía en la realidad y era solo teoría.

Quizás la mayor influencia que el Precursor obtuvo de Montesquieu sea la teoría de la separación de los poderes del Estado. Sobre este tema, Miranda se explayó en los diferentes proyectos de Constitución para la América Hispana que redactó. Justamente su labor constitucionalista es uno de los aspectos más estudiados del Miranda legislador. Aunque se habla de dos proyectos de Constitución preparados por Miranda que difieren sustancialmente en visión, lo cierto es que si nos remitimos a lo narrado por el propio Precursor en su titánico archivo que bautizara *Colombeia*, habrían sido cuatro los textos constitucionales que redactó. El primero alrededor de 1790, que es donde expone el modelo monárquico a la inglesa, y el segundo en 1798. Ambos los entrega al Primer Ministro inglés William Pitt y el segundo, además, se lo comunica al presidente norteamericano John Adams en 1798. De este último texto solo se tiene noticia por Miranda y se asume como muy similar al de 1790 que es el que copia en Inglaterra José Gil Fortoul a petición de la Academia venezolana de la Historia, y publica en su “Historia Constitucional de Venezuela”⁸. Las otras dos Constituciones son de 1801 y 1808, siendo esta última la que hace distribuir entre los cabildos americanos pero que, en esencia, es muy similar a la anterior. Desde luego, no son estas breves anotaciones el lugar adecuado para comentar estos proyectos constitucionales. Faltaría espacio y ha habido suficiente investigación a propósito⁹. Baste entonces dejar claro que entre las propuestas constitucionales de 1790 y 1798 (ambas tituladas *Projet de Constitution pour les Colonies hispano-américaines*) y las de 1801 y 1808 media un cambio de perspectiva importante. En las primeras la admiración de Miranda por el sistema constitucional inglés, la influencia de Montesquieu y Hume y su deseo de complacer a la corona británica para obtener sus favores para la

⁷ Al respecto véase: Zavarce, Karina y Mondolfi Gudat, Edgardo (Comp.): *Francisco de Miranda. Memorias de un viajero. Fragmentos de sus diarios de viaje (1784-1791)*, Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas, 2001. p.153.

⁸ Al respecto véase: Gil Fortoul, José. *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Ediciones Sales, Caracas, 1964. pp. 173 y ss.

⁹ Al respecto véase: Villarroel, Miguel A. *Miranda, primer legislador de América*, Instituto de estudios históricos mirandino, Caracas, 1970; Bohorquez, Carmen. *Francisco de Miranda y el proceso de constitución de una identidad americana*, Tesis doctoral, Universidad París III-Sorbonne Nouvelle, 1996, L'Harmattan, París, 1998; Reyes Matheus, Xavier. *Revolución y constitución en el pensamiento de Francisco de Miranda*, Tesis doctoral, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Universidad Complutense de Madrid, España, 2016; Brewer Carías, Allan R. “Francisco de Miranda y las revoluciones del mundo moderno: Estados Unidos de América, Francia y América Latina” en *Unas pinceladas de historia: Miranda, Bello, Bolívar*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, pp. 163-183.

causa de la independencia americana, lo llevan a decantarse por la forma monárquica parlamentaria, pero en las dos últimas ya el Miranda republicano se impone. Son sus proyectos de Gobierno Federal en donde las figuras de los Cabildos y las Asambleas Provinciales tienen especial significación. Como afirma Caracciolo Parra Pérez:

“El general habló siempre de una federación continental, porque sabía que las diferentes circunscripciones políticas y administrativas del imperio español luchaban por conservar y ensanchar su soberanía. Un gobierno central que abarcara un territorio que va de México al Río de la Plata era irrealizable. Otra cosa sería multiplicar las autonomías locales en el seno de dichas circunscripciones”.¹⁰

Por cierto, es al citado Parra Pérez a quien le cabe el mérito de haber rescatado para el país el Archivo *Colombeia* del Generalísimo, extraviado por un siglo en una biblioteca privada de Cirencester, Inglaterra, y que gracias a los oficios de otro connotado biógrafo mirandino, el norteamericano William Spence Robertson, salió a la luz. *Colombeia* descansa ahora en el Archivo General de la Nación. Desde el 2007 la UNESCO lo incluyó en el Programa Memoria del Mundo.

Casi todos los historiadores e investigadores versados en la materia concluyen que un importante factor de cambio en el pensamiento y en las contribuciones constitucionales del Precursor fue el conocimiento profundo y de primera mano que adquirió sobre la democracia norteamericana que acababa de instaurarse tras entrar en vigencia su Constitución de 1787. Miranda fue amigo y contertulio de algunos de los ideólogos y padres fundadores de la nueva nación: Alexander Hamilton, el campeón del federalismo, Thomas Jefferson y su secretario de Estado James Madison, Samuel Adams, John Adams (que sería presidente del país) y George Washington, el líder de la Independencia a quien por cierto Miranda no tenía en mucha estima como intelectual pero sí como ejemplo de servidor y funcionario público. Con muchos de ellos, en especial los Adams, sostuvo interesantes polémicas sobre aspectos fundamentales de la Constitución de los Estados Unidos. En los Diarios del Precursor aparecen muchas menciones de estas discusiones:

“Boston, septiembre de 1784: Aquí he tenido el gusto de comunicar al famoso republicano, agente principal en la pasada revolución, Mr. Samuel Adams. Es sujeto de talentos y conocimientos extensos en la legislación. Tuvimos nuestras conferencias muy dilatadas acerca de la constitución de esa república, y a dos objeciones que le propuse sobre la materia manifestó convenir conmigo después que masticó bien los puntos: la primera fue: ¿Cómo en una democracia, cuya base era la virtud, no se señalaba puesto alguno a ésta? Y, por el contrario, todas las dignidades y el poder se daban a la propiedad, ¡que es justamente el veneno de una república semejante! El otro fue la contradicción que se observaba entre admitir como uno de los derechos de la humanidad el tributar culto al ente supremo de modo y forma que le parezca, sin dar predominancia por ley a secta alguna, ¡y que después se excluyera de todo cargo legislativo o representativo al que no jurase ser de la religión cristiana! Graves solecismos, sin duda.”¹¹

Pero su conocimiento sobre la organización del Estado y los derechos del hombre no solo le permitía debates de tal alcance con los estadistas norteamericanos. También se permitía el lujo de criticar y reconvenir a los constitucionalistas franceses. En temas como la libertad de cultos y la igualdad jurídica de la mujer, Miranda fue un adelantado a su tiempo. Obviamente lo primero era inspiración directa de la Ilustración, pero en cuanto a los derechos de las mujeres tuvo argumentos propios para su defensa. De sus escritos más notables a este respec-

¹⁰ Parra Pérez, Caracciolo. *Historia de la Primera República de Venezuela*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1992. p. XXIII.

¹¹ Al respecto, véase: Zavarce, Karina y Mondolfi Gudat, Edgardo *ob. cit.*, p. 146.

to está la carta al Alcalde de París y Presidente de la Convención Nacional, Jérôme Pétion de Villeneuve. Cuando escribe esa misiva fechada el 26 octubre de 1792, Miranda está en campaña en Bélgica al frente de la Segunda División del Ejército del Centro del general Dumouriez. Su carta, de una frontalidad y claridad sorprendentes, es una prueba indiscutible de su posición y pensamiento sobre ese tema:

A propósito de legislación, estoy muy contento de ver que el demagogo Robespierre ha caído en el olvido donde debiera haber estado siempre, por el bien de la cosa pública a la que ha hecho ya bastante daño. Pero veo con indignación que V. tiene que sufrir que otros más infames todavía, tales como Marat, Cha..., etc., difamen a los hombres virtuosos, a la nación y a la Convención Nacional impunemente. Recuerde V. que por una igual negligencia la última Asamblea Legislativa se envileció ante los ojos de la nación y de Europa hasta el punto de reducir casi a cero su autoridad. El Comité de Legislación me parece estar muy bien compuesto, ¡y sus nueve miembros poseen más conocimientos sobre esta importante materia que quizás todo el resto de los hombres juntos!

Le recomiendo una cosa de mi parte, sabio legislador, ¡y son las mujeres! ¿Por qué, en un gobierno democrático, la mitad de los individuos no está directa o indirectamente representada, mientras que ellas están igualmente sujetas a la misma severidad de las leyes que los hombres han hecho a su voluntad? ¿Por qué, al menos, no se les consulta sobre las leyes que les atañen más directamente como son las del matrimonio, divorcio, educación de los hijos, etc.?

Confieso a V. que todas estas cosas me parecen usurpaciones irritantes y muy dignas de ser tomadas en consideración por nuestros sabios legisladores. Si yo tuviera aquí mis papeles, encontraría algunas observaciones que he hecho sobre este mismo tema, hablando de ello con algunos legisladores de América y de Europa, que nunca me dieron ninguna razón satisfactoria, habiendo convenido en su mayoría de la injusticia.¹²

Durante aquella campaña de 1792 y 1793, como comandante en jefe del ejército del norte en Bélgica autorizado por el Ministerio de Guerra, Miranda impone la Ley Marcial con un articulado que él mismo redacta. También proclama varios decretos relativos a la rendición de los austríacos y su entrega de armas, la regulación de la ocupación de Amberes y la normativa para el trato de prisioneros, en donde demostró su humanismo al suspender varias ejecuciones y castigos e imponer un trato justo y digno a los reos, lo que le valió duras críticas durante su juicio tras la caída de Neerwinden y la traición del general Dumouriez.¹³

Luego en 1795, unos meses después de su prisión durante la época del terror, regresa a la palestra política francesa al editar un folleto titulado “Miranda sobre la situación actual de Francia y sobre los remedios adecuados para sus males”¹⁴. Allí hace importantes consideraciones jurídicas, desarrolla argumentos legales, propone ideas y defiende doctrinas en el marco de la confección de la nueva Constitución de 1795 que entonces se estaba discutiendo. El escrito llegó a ser tan popular y polémico que la prensa parisina se hizo eco de él y avivó el debate político, poniendo de nuevo a Miranda en el ojo del huracán.

¹² Francisco de Miranda, Carta del General Miranda a Pétion, Alcalde de París, Presidente de la Convención Nacional. Valenciennes, 26 de octubre de 1792, Archivos Nacionales de Francia, F/7/4774 Policía General. Transcripción de Gloria Henríquez Uzcátegui y Miren J. Basterra. Disponible en: <http://www.franciscodemiranda.info/es/documentos/cartapetion.htm>, consultada el 20 de diciembre de 2020.

¹³ Al respecto véase: Aristides Rojas (comp.), *Miranda en la Revolución Francesa*, colección de documentos auténticos referentes a la *Historia del General Francisco de Miranda durante su permanencia en Francia de 1792 a 1798*, Litografía e Imprenta Nacional, Caracas, 1889, pp. 222 y ss.

¹⁴ Al respecto véase: Francisco de Miranda, *América espera*. (Ed. J. L. Salcedo Bastardo), Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1992. pp. 177-186.

En Venezuela, cuando arriba con su fallida expedición de 1806, la pulsión del hombre que a través de las leyes busca el orden, la paz y la emancipación de España lo lleva a redactar su célebre Proclama de Coro mediante la cual espera imponer en su patria su anhelo independentista y forjador de la nacionalidad. En su proclama anuncia que trae un nuevo orden civil y la felicidad para las castas oprimidas como los indios, los pardos y los morenos libres. Dispone también, enérgicamente, que todos los ciudadanos varones entre los 16 y 55 años deberían servir bajo el pabellón colombiano, imponiendo castigo para los rebeldes. Para llevar a cabo su plan ordena que los ciudadanos deberán acatar las siguientes disposiciones:

I - Toda Persona Militar, Judicial, Civil u Eclesiástica que ejerza autoridad comunicada por la Corte de Madrid, suspenderá *ipso facto* sus funciones y el que las continuase despues de la presente publicación, así como el que las Obedeciese, será soberanamente Castigados.

II - Los Cabildos y Ayuntamientos en todas las Ciudades, Villas y lugares ejercerán en el ín-terin todas las funciones de gobierno, Civiles, Administrativas, y Judiciales con responsabili-dad, y con arreglo a las Leyes del País: y los curas párrocos, y de misiones permanecerán en sus respectivas Yglesias y Parroquias, sin alterar el ejercicio de sus Sagradas funciones.

III - Todos los Cabildos y Ayuntamientos embiaran uno, ó dos Deputados al quãrtel general del Exercito, afín de reunirse alli un gobierno Provisorio que conduzca en tiempo Oportuno, á otro General y Permanente, con acuerdo de toda la Nación.

IV - Todo Ciudadano desde la edad de 16, hasta la de 55 Años, se reunirá sin dilacion á este Exercito, traiendo consigo las Armas que pueda procurarse y si no las tuviese, se le darán en los depositas militares del Exercito; con el grado juntamente que combenga á su Zelo, Talen-tos, Edad, y Educacion.

V - El Ciudadano que tenga la baxesa de hacer Causa comun con los Agentes del Gobierno-Español, ó que se hallase con Armas en Campamento, Ciudadela ó fuerte poseido por dicho gobierno será tratado y Castigado como un traidor a su Patria. Si por el empleo que actual-mente pueda poséer algunos de ellos, en servicio de la España, creiese su pusilanimidad que el honor le compele á servir contra la Yndependencia de su Patria, seran estos desterrados a perpetuidad del Pais.

VI - Por el contrario, todos aquellos que ejerciendo en la actualidad empleos Militares, Civi-les, ó de qualquiera especie se reuniesen con promptitud baxo los Estandartes de la Patria, recibiran honras y empleo proporcionado al zelo y Amor al Pais que huviesen manifestado en tan importante coyuntura: los Soldados, y marineros seran premiados igualmente conforme a su Capacidad y Zelo.

VII - Los depositarios del Tesoro publico lo pondran inmediatamente á disposicion de los Cabildos y Ayuntamientos, quienes nombraran sugetos aptos para el manejo, y para suplir al Exercito Colombiano quanto sea necesario á su manutención, y operaciones; no solamente en dinero, sino tambien en Provisiones, Vestuario, Frutos, Carruages, Mulas, Caballos, &, C.

VIII - Para precaver toda especie de insulto ú agresion de parte de la gente de guerra y Pues-tos avanzados del Exercito –los Magistrados, y Curas Parrocos de las Ciudades, Villas, y Po-blados (baxo su personal responsabilidad) haran fixar la Bandera ó Ynsignia de la Yndepen-dencia Nacional en la parte superior mas conspicua de las Yglesias– y los Ciudadanos lleva-rán también en el sombrero la Escarapela que denote sér tales, pues sin ella no. serian respe-tados y protegidos como hermanos.

IX - Esta Proclamacion será fixada por los Curas Parrocos, y por los Magistrados en las Puertas de las Yglesias Parroquiales, y de las Casas del Ayuntamiento para que llegue con brevedad á noticia de todos los habitantes y así mismo haran léer en las Parroquias, y Casas de Ayuntamiento respectivas una vez al día por lo menos, la Carta anteriormente mencionada del C. Viscardo, que acompaña este edicto.

X - Qualesquiera impedimento, retardo, ú negligencia que se oponga al cumplimiento de estos nueve precedentes Artículos, será considerada como un grave perjuicio nacional, y castigada inmediatamente con severidad; –¡La Salud publica es la Ley Suprema!”¹⁵

Cuando retorna a Venezuela el 13 de diciembre de 1810, Miranda no imaginará la gran cantidad de enemigos y adversarios que despierta su nombre. Desde Juan Germán Roscio, jurisconsulto de notable actuación en todo el período independentista, que sin embargo ve en el Precursor una seria amenaza a los principios jurídicos que intenta imponer, hasta el Presbítero y diputado Ramón Ignacio Méndez que durante una acalorada discusión en el Congreso intenta agredir físicamente a Miranda. En ese mismo grupo habría que incluir a Francisco Javier Ustáriz, jurista que continuamente se opuso a las propuestas de Miranda en tono a veces irrespetuoso, y a todos los miembros de la aristocracia criolla que veían en los postulados de Miranda un peligro a la hegemonía que buscaban mantener. Desde el principio la Junta Suprema de Caracas le aclara que está solo invitado a Caracas y que desista de cualquier ambición o ilusión de liderazgo. Sin embargo eso es imposible en un ser que se ha preparado toda su vida para este instante. Desde la Sociedad Patriótica se pone al frente de la facción que promueve la Independencia de la corona de España. Él que había sido girondino durante la Revolución francesa (más por filiación con amigos de ese partido que por verdadera identidad ideológica), en Caracas pareciera volverse jacobino con una firme creencia en que el poder debe estar más centralizado dado el momento de anarquía y desorden que se vive.

Su participación como Diputado del Pao en el Acta de Independencia firmada el 5 de julio de 1811, y redactada por Juan Germán Roscio y Francisco Isnardi, es de gran relevancia aunque extrañamente puesta a un lado por los cronistas de su tiempo. Convince a muchos indecisos de la necesidad de refrendar la secesión. Esta actitud lo enemista aún más con los que solo buscaban oponerse a Napoleón y velar por los derechos de Fernando VII. Sin embargo el prestigio de Miranda crece en las calles. Trata como iguales a mulatos y blancos de orilla. Sus fogosos discursos, sus charlas y sus tertulias enseñan el vasto conocimiento que posee de historia, arte militar, filosofía, política y por supuesto leyes. Ante su alta estatura intelectual y prestigio, no queda más que reconocerlo.

A finales de 1811, cuando en el Congreso se discute la primera Constitución Nacional, Miranda es aún más relegado y marginado en su ejercicio como legislador. Como lo expresa Mariano Picón Salas:

Es curioso como el utopismo de algunos ideólogos que pensaban, sobre todo en el sistema norteamericano, y el apetito más concreto de los oligarcas de provincia deseosos de descentralizar para ejercer mayor poder, desembocan en la Constitución promulgada por el Congreso en diciembre de 1811. Acosado por las dos fuerzas, Miranda ya no tiene valor para quebrar lanzas por el viejo proyecto constitucional, autoritario y casi napoleónico, que trajo en su baúl de viajero. Apenas formula algunas observaciones, no solo como diputado sino también como jefe militar de la revolución que nos devuelve –transformadas en burla y sarcasmo– su contendor Ustáriz.

¹⁵ El texto completo de la Proclama de Coro se encuentra disponible en http://www.cervantesvirtual.com/portales/francisco_de_miranda/obra-visor/proclamacion-de-don-francisco-de-miranda-comandantegeneral-del-exercito-colombiano-a-los-pueblos-habitantes-del-continente-mericocolombiano-0/html/ff6d5816-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html#I_0_, consultado el 20 de diciembre de 2020.

Pero con desdeñosa elegancia no se afana en llevar el debate a sus últimos límites; sabe que hay en contra suya una atmósfera de prevención y rivalidad que se expresó, por ejemplo, en aquel impertinente artículo de la constitución que exigía a los venezolanos larga e ininterrumpida residencia en el país, para desempeñar la primera magistratura.¹⁶

Por escrito exige Miranda que se asienten sus reparos sobre la nueva Constitución, quedando ello como testimonio de su honestidad intelectual:

“Considerando que en la presente Constitución los poderes no se hallan en un justo equilibrio, ni la estructura u organización general suficientemente sencilla y clara que pueda ser permanente, que por otra parte no está ajustada con la población, uso y costumbres de estos países, de que puede resultar que, en lugar de reunimos en una masa general o cuerpo social, nos divida y separe en perjuicio de la seguridad común y de nuestra independencia, ponga estos reparos en cumplimiento de mi deber.”¹⁷

A partir de este momento la jefatura militar de la revolución le exige toda su atención. Aunque promoverá la Ley que abolió en todo el territorio al Tribunal de la Inquisición, no la firmará aquel 6 de febrero de 1812 cuando se aprueba pues está ausente del Congreso. Resulta paradójico que no lo hiciera siendo ese mismo tribunal el que le hizo la vida imposible en Cuba y España. Su última gran contribución como redactor de leyes, proclamas y acuerdos es la Capitulación de San Mateo que negocia con Monteverde entre el 12 de julio y el 25 de julio de 1812, día en que se firma. Texto impoluto en lo jurídico, lo militar y lo humano que sin embargo los vencedores desconocieron y manipularon a voluntad. Tras esto la prisión, al ser entregado por sus propios oficiales, grupo en el que se encontraba en primera fila un indignado y decepcionado Bolívar. Luego las cartas que envió a la Real Audiencia de Caracas y a las Cortes de Cádiz a fin de documentar y explicar su caso, así como denunciar las injusticias y vejaciones a las que había sido sujeto. Quizás la mayor de ellas fuese el haber sido reducido a prisión durante 4 años sin fórmula de juicio.

Este mirar rasante sobre el Precursor apenas hace brillar el portento que subyace en su vida. Difícilmente en el siglo XVIII conseguimos en el mundo otra personalidad con biografía semejante. Peregrino de la libertad, su amor por su patria fue como esas pasiones contrariadas que culminan en la tragedia. Su causa fue la independencia de América, a la cual ofreció su vida y por la cual murió encadenado en el Arsenal de La Carraca.

Su obra intelectual, aunque dispersa en muchos ensayos, libelos, folletos, proclamas, artículos de prensa, cartas, diarios, escritos que se conservan en su monumental Archivo, o en recopilaciones como la de 300 páginas que se encargó de editar en Londres con José Manuel Antepara en 1810 (*South American Emancipation. Documents, Historical and Explanatory, showing the Designs which have been in Progress, and the Exertions made by General Miranda, for the South American Emancipation during the last Twenty-Five years*), representa un gigantesco caudal de su pensamiento que a pesar del tiempo transcurrido, no se ha logrado desentrañar por completo.

A 270 años del nacimiento de Francisco de Miranda hay que volver de nuevo a él. A su visión humanista de las leyes, a su espíritu civil, a sus elevadas reflexiones sobre la libertad y la virtud. Sin recibir los créditos, la obra de Miranda es heredada por Bolívar, en proyección, alcance y definición. Colombia es una invención de Miranda que Bolívar vanamente trata de instaurar.

¹⁶ Mariano Picón Salas, *Miranda*, Ediciones del cuarto festival del libro venezolano, Caracas, 1958. p. 134.

¹⁷ Polanco Alcántara, Tomás. *ob. cit.*, p. 310.

Allí está la Carta de Jamaica para demostrarnos que las ideas mirandinas estaban vivas y más que vivas en el pensamiento del Libertador. Eran el aliento de esperanza para el continente.

Regresar a Miranda es lo que debemos hacer para reivindicar el civilismo frente al militarismo. Volver a ese titán del sueño de libertad y justicia, en un tiempo en el que la pesadilla del autoritarismo y el irrespeto se prenden del país. Retornar pues a Miranda para encender de nuevo la fe.

ANEXO

Palabras pronunciadas por el Dr. Enrique Urdaneta Maya en el acto oficial en el Palacio de Gobierno para la celebración de la Apoteosis del Generalísimo Francisco de Miranda, el 5 de julio de 1896 en la ciudad de Trujillo.

¡Salve 5 de Julio! ¡Salve día inmortal! ¡Como los amantes del Derecho adoran a ese tu divino Sol, que hace germinar y crecer espléndida y lozana la semilla de la Libertad! ¡Cuán grande eres! Y como que si algo faltara para tu grandeza, como que si no estuviera satisfecha todavía tu ambición de gloria; el Gobierno de mi Patria, inspirado por un sentimiento generoso y puro, decreta para ser celebrada en esta fecha clásica la Apoteosis del Generalísimo Francisco de Miranda.

¡Francisco de Miranda! ¡Qué mezcla confusa de recuerdos tristes y sentimientos elevados se agitan en mi ser al evocar este augusto nombre! ¡Oh Miranda! ¡Cuánto te ha compadecido mi imaginación de niño! ¡Cuánto te ha admirado mi imaginación de hombre!

Como los grandes hombres de la Antigüedad iniciaste la carrera de tu vida por el estudio, para así servir en más grande escala a tu adorada Patria; como ellos fuiste a sorprender los secretos de la Ciencia en ignotas y lejanas tierras, para regresar con ellos y vulgarizarlos en la imaginación del pueblo. Fuiste sabio y virtuoso como el ateniense Solón, héroe y patriota como el espartano Leónidas; y ¡Oh! dolor calumniado y mártir como el héroe de Maratón.

Al cuadro de tu grandeza insólita nada hace falta ya. Fuiste el primero que acarició en su mente la grandiosa idea de la libertad; en la Asamblea en que se decreta la Independencia de Venezuela estás allí, rubricando con tu gloriosa y centellante espada aquella acta legendaria; en los campos de batalla de la famosa República Francesa combates y derramas tu preciosa sangre al lado de aquellos centauros del Derecho; y ¡qué gloria puede competir con la tuya Miranda! En el Arco de la Estrella figura tu excelso nombre, inundado por las irradiaciones de tanta luz, acariciado, amado y bendecido por 40 millones de seres que adoran a los fundadores de su Libertad; y hoy el Pueblo Venezolano, esencialmente agradecido y justiciero, en inmenso, estrecho y fraternal abrazo se confunde, para celebrar de una manera digna tu Apoteosis como la del primer mártir de la Libertad Venezolana.

¿Y qué sombra podría arrojar sobre la divina luz del cuadro de tu gloria, la desgracia de la Victoria, la infamia de que fuiste víctima en la Guaira, tu cadalso en la Carraca? ¿No es sabido que los genios tienen émulo que los calumnian, que el bautismo de los inmortales es el martirio?

¡Salve Miranda!

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL SEGUNDO SEMESTRE DE 2020

Recopilación y selección
por Gabriel Sira Santana
Abogado

SUMARIO

I. PODER CONSTITUYENTE “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE” 2017

1. “*Leyes constituyentes*”. 2. “*Decretos constituyentes*”.

II. RÉGIMEN DE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA

1. *Leyes*. 2. *Acuerdos y estatutos*. A. Régimen del Poder Público. B. Régimen de la administración general del Estado. C. Régimen de los derechos fundamentales. D. Régimen del desarrollo físico y ordenación del territorio. 3. *Decretos*.

III. RÉGIMEN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

1. *Estado de emergencia económica*. A. Decretos de estado de excepción. 2. *Estado alarma (COVID-19)*. A. Decretos de estado de excepción. B. Medidas de organización. C. Medidas sanitarias. D. Medidas relacionadas con el libre tránsito. E. Medidas económicas.

IV. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Poder Ejecutivo. a. Ministerios. b. Comisiones presidenciales. c. Empresas del Estado. d. Fundaciones del Estado. e. Procuraduría General de la República. f. Otros órganos y entes. B. Poder Ciudadano. a. Ministerio Público. C. Poder Electoral. D. Poder Judicial.

V. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema financiero*. A. Contrataciones públicas. B. Deuda Pública. C. Contabilidad. 2. *Sistema de auditoría y control interno*.

VI. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones internacionales*. A. Acuerdos e incorporaciones al ordenamiento jurídico nacional. B. Cuerpos diplomáticos. 2. *Seguridad y defensa*. A. Zonas especiales. B. Función policial, de investigación científica y protección civil. C. Operativos y planes de seguridad ciudadana. 3. *Migración y extranjería*.

VII. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Tributos*. 2. *Correo*. 3. “*Criptomonedas*”. 4. *Instituciones financieras y mercado de valores*. 5. *Energía y minas*. 6. *Servicios e industrias*.

VIII. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación*. A. Educación superior. 2. *Régimen laboral*. 3. *Cultura*. 4. *Vivienda y hábitat*. 5. *Programas sociales*.

IX. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Zonas económicas especiales*. 2. *Transporte y tránsito*. A. Sistema de transporte terrestre. B. Sistema de transporte acuático y aéreo.

I. PODER CONSTITUYENTE “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE” 2017

1. *“Leyes constituyentes”*

Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos. G.O. N° 6.583 Extraordinario del 12-10-2020.

Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2021, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente mediante Decreto Constituyente de fecha 29-10-2020. G.O. N° 6.588 Extraordinario del 30-10-2020.

Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero 2021, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente mediante Decreto Constituyente de fecha 29-10-2020. G.O. N° 6.588 Extraordinario del 30-10-2020.

2. *“Decretos constituyentes”*

Decreto Constituyente que amplía el mandato otorgado a la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública. G.O. N° 6.562 Extraordinario del 14-08-2020.

Decreto Constituyente de Reforma de la Ley del Ejercicio de la Medicina. G.O. N° 41.984 del 13-10-2020.

Decreto Constituyente de Reforma de la Ley del Ejercicio Profesional de la Enfermería. G.O. N° 41.984 del 13-10-2020.

Decreto Constituyente que aprueba la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero para el año 2021, la Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero del Año 2021 y el Plan Operativo Anual para el año 2021. G.O. N° 41.996 del 29-10-2020.

Decreto Constituyente que aprueba el Presupuesto de Ingresos y Gastos Operativos del Banco Central de Venezuela para el Ejercicio Fiscal del Año 2021. G.O. N° 41.996 del 29-10-2020.

Decreto Constituyente que crea el Centro Internacional de Inversión Productiva. G.O. N° 6.583 Extraordinario del 12-10-2020.

II. RÉGIMEN DE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA¹

1. *Leyes*

Ley Especial de Contrataciones Públicas Asociadas a la Defensa, Recuperación, Aseguramiento y Resguardo de los Activos, Bienes e Intereses del Estado Venezolano en el Extranjero. G.L. N° 26 del 10-07-2020, reimpresso en N° 27 del 15-07-2020.

Ley Aprobatoria del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes. G.L. N° 27 del 15-07-2020.

2. *Acuerdos y estatutos*

A. *Régimen del Poder Público*

Acuerdo para promover una consulta popular para realizar elecciones presidenciales y parlamentarias libres, justas y verificables y rechazar el fraude. G.L. N° 33 del 16-10-2020.

Acuerdo sobre la creación del observatorio del fraude electoral convocado para el 6 de diciembre de 2020 de la Asamblea Nacional. G.L. N° 34 del 18-11-2020.

Acuerdo para promover una consulta popular para realizar elecciones presidenciales y parlamentarias libres, justas y verificables y rechazar el fraude. G.L. N° 35 del 23-11-2020.

Acuerdo de rechazo al fraude electoral convocado por el régimen de Nicolás Maduro y respaldo a la consulta popular. G.L. N° 36 del 14-12-2020.

Acuerdo de desconocimiento del fraude electoral realizado por el régimen de Nicolás Maduro el 6 de diciembre del 2020. G.L. N° 36 del 14-12-2020.

B. *Régimen de la administración general del Estado*

Instructivo del Procurador Especial de la República para la determinación de casos de conflictos de intereses en la contratación de abogados o firmas de abogados para la defensa y representación de los derechos e intereses de la República, de las empresas del Estado y de los demás entes descentralizados de la administración pública en el exterior. G.L. N° 32 del 23-09-2020.

C. *Régimen de los derechos fundamentales*

Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”. G.L. N° 27 del 15-07-2020.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. G.L. N° 27 del 15-07-2020.

Acuerdo sobre la creación del observatorio de seguridad alimentaria y nutricional de la Asamblea Nacional. G.L. N° 28 del 12-08-2020.

Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. G.L. N° 28 del 12-08-2020.

Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. G.L. N° 28 del 12-08-2020.

¹ La información se ha extraído de la Gaceta Legislativa de la Asamblea Nacional (G.L.), disponible en <https://www.asambleanacionalvenezuela.org>

D. *Régimen del desarrollo físico y ordenación del territorio*

Acuerdo de acción política para la conservación del Parque Nacional Canaima manteniendo su inclusión como patrimonio natural de la humanidad y de protección en todas las áreas bajo régimen de administración especial para impedir la explotación minera. G.L. N° 25 del 08-07-2020.

3. *Decretos*

Decreto N° 21 de la Presidencia (E) de la República Bolivariana de Venezuela sobre reforma parcial del Decreto N° 19 que dicta el Reglamento de La Ley Especial del Fondo para la Liberación de Venezuela y Atención de Casos de Riesgo Vital. G.L. N° 25 del 08-07-2020.

Decreto N° 23 de la Presidencia (E) de la República Bolivariana de Venezuela sobre Reglamento de la Ley para la Organización y Funcionamiento del Consejo de Contraloría de la República Bolivariana de Venezuela. G.L. N° 27 del 15-07-2020.

Decreto N° 25 de la Presidencia (E) de la República Bolivariana de Venezuela sobre declaración de estado de alarma, como modalidad del estado de excepción, en el territorio del estado Aragua, debido a los estragos causados por las fuertes lluvias y el desbordamiento de los cauces hídricos de este estado. G.L. N° 31 del 16-09-2020.

Decreto N° 26 de la Presidencia (E) de la República Bolivariana de Venezuela mediante el cual se dicta el Reglamento de la Ley Especial del Fondo para la Liberación de Venezuela y Atención de Casos de Riesgo Vital. G.L. N° 32 del 23-09-2020.

Decreto N° 27 de la Presidencia (E) de la República Bolivariana de Venezuela sobre la creación del Consejo Delegado para la administración del programa de gastos “seguridad y defensa de la democracia” contemplado en el presupuesto especial del fondo de liberación de Venezuela y atención de casos de riesgo vital. G.L. N° 33 del 16-10-2020.

Decreto N° 28 de la Presidencia (E) de la República Bolivariana de Venezuela mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial de la Ley Especial de Contrataciones Públicas Asociadas a la Defensa, Recuperación, Aseguramiento y Resguardo de los Activos, Bienes e Intereses del Estado Venezolano en el Extranjero. G.L. N° 33 del 16-10-2020.

Decreto N° 30 de la Presidencia (E) de la República Bolivariana de Venezuela sobre la declaración del estado de alarma, como modalidad del estado de excepción en el estado Táchira, debido a los estragos causados por las fuertes lluvias y el desbordamiento de los cauces hídricos de este estado. G.L. N° 34 del 18-11-2020.

Decreto N° 31 de la Presidencia (E) de la República Bolivariana de Venezuela sobre la declaración de tres días de duelo nacional desde el día 14-12-2020, por el lamentable fallecimiento de los venezolanos que perdieron su vida persiguiendo mejores condiciones para ellos y sus familiares. G.L. N° 36 del 14-12-2020.

Decreto N° 32 de la Presidencia (E) de la República Bolivariana de Venezuela sobre la declaración de estado de alarma, como modalidad del estado de excepción en el estado Zulia, debido a los estragos causados por las fuertes lluvias y el desbordamiento de los cauces hídricos de este estado. G.L. N° 36 del 14-12-2020.

III. RÉGIMEN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN²

1. *Estado de emergencia económica*

A. *Decretos de estado de excepción*

Decreto N° 4.242, mediante el cual se proroga por sesenta (60) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.194, de fecha 04-05-2020, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica, en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y los ciudadanos habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.534, de fecha 04-05-2020, visto que subsiste la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural por la cual atraviesa la economía venezolana; a fin de que el Poder Ejecutivo pueda seguir brindando protección a las venezolanas y los venezolanos contra la guerra económica. G.O. N° 6.551 Extraordinario del 02-07-2020³.

Decreto N° 4.275, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica, en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y ciudadanos habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales G.O. N° 6.568 Extraordinario del 30-08-2020⁴.

Decreto N° 4.358, mediante el cual se proroga por sesenta (60) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.275, de fecha 30-08-2020, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica, en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y los ciudadanos habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.568, de fecha 30-08-2020, visto que subsiste la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural por

² Para conocer a profundidad los decretos publicados con ocasión de los primeros tres estados de excepción nacional, así como la implementación del régimen de excepción en la frontera durante el segundo semestre de 2015, véase Sira Santana, Gabriel: *El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana y CIDEP. Caracas, 2017. Los balances de los decretos dictados durante el estado de excepción posteriores pueden consultarse en <http://cidep.com.ve/reportes.html>

³ Véase fallo N° 80 del 13-07-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

⁴ Véase fallo N° 132 del 11-09-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

la cual atraviesa la economía venezolana; a fin de que el Poder Ejecutivo pueda seguir brindando protección a las venezolanas y los venezolanos contra la guerra económica. G.O. N° 6.587 Extraordinario del 28-10-2020⁵.

Decreto N° 4.396, mediante el cual se declara el Estado de Excepción de Emergencia Económica, en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y ciudadanos habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida. G.O. N° 6.606 Extraordinario del 26-12-2020⁶.

2. *Estado alarma (COVID-19)*

A. *Decretos de estado de excepción*

Decreto N° 4.247, mediante el cual se decreta el Estado de Alarma en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen. G.O. N° 6.554 Extraordinario del 10-07-2020⁷.

Decreto N° 4.260, mediante el cual se proroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.247, de fecha 10-07-2020, mediante el cual fue decretado el Estado de Excepción de Alarma en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.554 Extraordinario; visto que subsiste la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural que motivo la declaratoria del Estado de Excepción de Alarma. G.O. N° 6.560 Extraordinario del 08-08-2020⁸.

Decreto N° 4.286, mediante el cual se decreta el Estado de Excepción de Alarma en todo el Territorio Nacional dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la

⁵ Véase fallo N° 158 del 10-11-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

⁶ Véase fallo N° 1 del 08-01-2021 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

⁷ Véase fallo N° 81 del 22-07-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

⁸ Véase fallo N° 116 del 18-08-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

República Bolivariana, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes efectivas y necesarias de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el corona virus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna eficaz y eficiente de los casos que se originen. G.O. N° 6.570 Extraordinario del 06-09-2020⁹.

Decreto N° 4.337, mediante el cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.286, de fecha 06-09-2020, mediante el cual fue decretado el Estado de Excepción de Alarma en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a in de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a in de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.570 Extraordinario; visto que subsiste la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural que motivo la declaratoria del Estado de Excepción de Alarma. G.O. N° 6.579 Extraordinario del 05-10-2020¹⁰.

Decreto N° 4.361, mediante el cual se decreta el Estado de Excepción de Alarma en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen. G.O. N° 6.590 Extraordinario del 03-11-2020¹¹.

Decreto N° 4.382, mediante el cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.361, de fecha 03-11-2020, mediante el cual fue decretado el Estado de Excepción de Alarma en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.590 Extraordinario; visto que subsiste la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural que motivo la declaratoria del Estado de Excepción de Alarma. G.O. N° 6.602 Extraordinario del 02-12-2020¹².

⁹ Véase fallo N° 143 del 18-09-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

¹⁰ Véase fallo N° 146 del 15-10-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

¹¹ Véase fallo N° 162 del 20-11-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

¹² Véase fallo N° 263 del 16-12-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

B. *Medidas de organización*

Resolución Conjunta N° 114 y 098 de los Ministerios del Poder Popular para la Salud y para la Ciencia y Tecnología, mediante la cual se constituye el Comité Nacional de Ética para la Investigación del COVID-19, como cuerpo colegiado autónomo, institucional, interdisciplinario, plural y de carácter consultivo, creado para evaluar, dictaminar y aprobar sobre los protocolos de investigación en seres humanos, animales o cultivos y/o cualquier experimentación que se proponga trabajar con el virus vivo en su forma replicativa y muy especialmente frente a la pandemia mundial denominada COVID-19. G.O. N° 41.961 del 09-09-2020, reimpresa en N° 41.962 del 10-09-2020.

Resolución N° 201001-039 del Consejo Nacional Electoral, mediante el cual se dicta las disposiciones especiales para la inscripción en el Registro Civil de la declaración extemporánea de nacimientos de niñas y niños ocurridos durante el estado excepción para la lucha contra la pandemia de Coronavirus COVID-19. G.O. N° 42.029 del 15-12-2020.

C. *Medidas sanitarias*

Resolución N° 086 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se implementan las normas de higiene y cuidado epidemiológico y protocolos de bioseguridad, establecidos en la Resolución N° 090, de fecha 01-06-2020, contentiva de la normativa sanitaria de responsabilidad social ante la pandemia denominada coronavirus (COVID-19). G.O. N° 41.995 del 28-10-2020.

Providencia N° PRE-CJU-GDA-154-20 del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, mediante la cual se dicta la normativa técnica que dispone la aplicabilidad de protocolos de bioseguridad para mitigar, contener y evitar los efectos de la enfermedad por COVID-19 y la propagación de la misma como consecuencia del desarrollo de la actividad aeronáutica civil. G.O. N° 42.008 del 16-11-2020.

D. *Medidas relacionadas con el libre tránsito*

Decreto N° 4.248, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.205, de fecha 18-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.537 Extraordinario. G.O. N° 6.555 Extraordinario del 15-07-2020.

Decreto N° 4.250, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.206, de fecha 19-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.538 Extraordinario. G.O. N° 6.556 Extraordinario del 16-07-2020.

Decreto N° 4.251, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.207, de fecha 19-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.538 Extraordinario. G.O. N° 6.556 Extraordinario del 16-07-2020.

Decreto N° 4.256, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.209, de fecha 21-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.539 Extraordinario. G.O. N° 6.557 Extraordinario del 18-07-2020.

Decreto N° 4.258, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.219, de fecha 29-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.540 Extraordinario. G.O. N° 6.558 Extraordinario del 26-07-2020.

Decreto N° 4.261, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.205, de fecha 18-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.537 Extraordinario. G.O. N° 6.561 Extraordinario del 13-08-2020.

Decreto N° 4.263, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.206, de fecha 19-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.538 Extraordinario. G.O. N° 6.563 Extraordinario del 14-08-2020.

Decreto N° 4.264, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.207, de fecha 19-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.538 Extraordinario. G.O. N° 6.563 Extraordinario del 14-08-2020.

Decreto N° 4.265, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.209, de fecha 21-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.539 Extraordinario. G.O. N° 6.564 Extraordinario del 16-08-2020.

Decreto N° 4.271, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.219, de fecha 29-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.540 Extraordinario. G.O. N° 6.567 Extraordinario del 24-08-2020.

Decreto N° 4.293, dictado en el marco del Estado de Excepción de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga el Decreto N° 4.205, de fecha 18-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.537 Extraordinario, de la misma fecha. G.O. N° 6.573 Extraordinario del 11-09-2020.

Decreto N° 4.300, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.206, de fecha 19-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.538 Extraordinario, de la misma fecha. G.O. N° 6.575 Extraordinario del 12-09-2020.

Decreto N° 4.301, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.207, de fecha 19-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.538 Extraordinario, de la misma fecha. G.O. N° 6.575 Extraordinario del 12-09-2020.

Decreto N° 4.304, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.209, de fecha 21-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.539 Extraordinario, de la misma fecha. G.O. N° 6.576 Extraordinario del 14-09-2020.

Decreto N° 4.329, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.219, de fecha 29-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.540 Extraordinario. G.O. N° 6.577 Extraordinario del 22-09-2020.

Decreto N° 4.343, dictado en el marco del Estado de Excepción de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga el Decreto N° 4.205, de fecha 18-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.537 Extraordinario, de la misma fecha. G.O. N° 6.581 Extraordinario del 10-10-2020.

Decreto N° 4.344, dictado en el marco del Estado de Excepción de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.206, de fecha 19-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.538 Extraordinario de la misma fecha. G.O. N° 6.582 Extraordinario del 11-10-2020.

Decreto N° 4.345, dictado en el marco del Estado de Excepción de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.207, de fecha 19-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.538 Extraordinario, de la misma fecha. G.O. N° 6.582 Extraordinario del 11-10-2020.

Decreto N° 4.346, dictado en el marco del Estado de Excepción de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.209, de fecha 21-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.539 Extraordinario. G.O. N° 6.584 Extraordinario del 13-10-2020.

Decreto N° 4.352, dictado en el marco del Estado de Excepción de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.219, de fecha 29-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.540 Extraordinario. G.O. N° 6.585 Extraordinario del 21-10-2020.

Decreto N° 4.366, dictado en el marco del Estado de Excepción de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga el Decreto N° 4.205, de fecha 18-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.537 Extraordinario, de la misma fecha. G.O. N° 6.592 Extraordinario del 08-11-2020.

Decreto N° 4.367, dictado en el marco del Estado de Excepción de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.206, de fecha 19-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.538 Extraordinario, de la misma fecha. G.O. N° 6.593 Extraordinario del 09-11-2020.

Decreto N° 4.368, dictado en el marco del Estado de Excepción de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.207, de fecha 19-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.538 Extraordinario, de la misma fecha. G.O. N° 6.593 Extraordinario del 09-11-2020.

Decreto N° 4.369, dictado en el marco del Estado de Excepción de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.209, de fecha 21-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.539 Extraordinario. G.O. N° 6.594 Extraordinario del 11-11-2020.

Decreto N° 4.378, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se establece prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el decreto N° 4.219, de fecha 29-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana De Venezuela N° 6.540 Extraordinario. G.O. N° 6.598 Extraordinario del 19-11-2020.

Decreto N° 4.381 dictado en el marco del Estado de Excepción de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se levanta la restricción de la circulación y libre tránsito en las jurisdicciones que en él se indican. G.O. N° 6.601 Extraordinario del 29-11-2020.

E. *Medidas económicas*

Decreto N° 4.279, mediante el cual se suspende por un lapso de seis meses el pago de los cánones de arrendamiento de inmuebles de uso comercial y de aquellos utilizados como vivienda principal, a fin de aliviar la situación económica de los arrendatarios y arrendatarias por efecto de la pandemia mundial del coronavirus COVID-19. G.O. N° 41.956 del 02-09-2020.

Resolución Conjunta N° DM/0009 y DM/024-2020 del Ministerios del Poder Popular para la Educación y de Comercio Nacional, mediante la cual se establece la metodología especial a seguir para determinar el cálculo de las mensualidades en las Instituciones Educativas Privadas en todo el Territorio Nacional, en aras de mejorar y sostener el poder adquisitivo del pueblo venezolano, el fortalecimiento del sistema de protección social educativa, la estabilidad de precios y la paz económica, durante las existencias de medidas extraordinarias en virtud del COVID-19. G.O. N° 41.956 del 02-09-2020.

IV. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*

A. *Poder Ejecutivo*

a. *Ministerios*

Decreto N° 4.310, mediante el cual se modifica la denominación del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas por la de Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Comercio Exterior; y se modifica la denominación del Ministerio del Poder Popular para el Turismo y Comercio Exterior por la de Ministerio del Poder Popular para el Turismo. G.O. N° 41.965 del 15-09-2020.

Resolución N° 0181 del Ministerio del Poder Popular de Atención de las Aguas, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno del Ministerio del Poder Popular de Atención de las Aguas. G.O. N° 42.036 del 28-12-2020.

b. *Comisiones presidenciales*

Decreto N° 4.386, mediante el cual se crea la Comisión Presidencial denominada Consejo Presidencial para la Ciencia, Tecnología e Innovación, con carácter permanente, la cual podrá denominarse en adelante Consejo Presidencial para la Ciencia, Tecnología e Innovación, que tiene como objeto asesorar, planificar, promocionar e implementar toda la labor científica, tecnológica, de innovación que tenga directa aplicación en la vida social, económica, cultural y militar para el desarrollo integral del país. G.O. N° 42.025 del 09-12-2020.

Decreto N° 4.394, mediante el cual se crea la Comisión Presidencial Consejo Militar Científico y Tecnológico de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, con carácter permanente, como órgano consultivo y asesor, multidisciplinario e interinstitucional de alto nivel, el cual estará bajo la dirección del Ministro o Ministra del Poder Popular para la Defensa. G.O. N° 42.035 del 23-12-2020.

c. *Empresas del Estado*

Decreto N° 4.379, mediante el cual se autoriza la creación de una empresa del Estado, bajo la forma de sociedad anónima, que se denominará “Empresa de Transporte Aéreo cargo del Sur, S.A.”, pudiendo utilizar a todos los efectos la denominación de (EMTRASUR), la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular para el Transporte a través del Consorcio Venezolano de Industrias Aeronáuticas y Servicios Aéreos, S.A. (CONVIASA). G.O. N° 42.011 del 19-11-2020.

Decreto N° 4.380, mediante el cual se autoriza la creación de una empresa del Estado, bajo la forma de sociedad anónima, que se denominará “Centro Nacional de Mantenimiento Aeronáutico, S.A.”, pudiendo utilizar a todos los efectos la denominación de (CENMA), la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular para el Transporte a través del Consorcio Venezolano de Industrias Aeronáuticas y Servicios Aéreos, S.A. (CONVIASA). G.O. N° 42.011 del 19-11-2020.

Decreto N° 4.381, mediante el cual se autoriza la creación de una empresa del Estado, bajo la forma de sociedad anónima, que se denominará “Industria Ferroviaria y Sistema por Cable de Venezuela, S.A.”, pudiendo utilizar a todos los efectos la denominación de (FERROVEN), la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular para el Transporte. G.O. N° 42.011 del 19-11-2020.

Providencia N° 001/2020 de la Junta Liquidadora de CVG Técnica Minera, C.A. (CVG TECMIN), mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de Funcionamiento de la Junta Liquidadora de la Empresa CVG Técnica Minera, C.A. (CVG TECMIN). G.O. N° 42.019 del 01-12-2020.

Decreto N° 4.393, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa del Estado, bajo la forma de sociedad anónima, la cual se denominará Empresa Militar para el Aprovechamiento Sustentable de Productos Forestales y Recursos Naturales, S.A., (EMASPROFORN), la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Defensa. G.O. N° 42.034 del 22-12-2020.

d. *Fundaciones del Estado*

Decreto N° 4.269, mediante el cual se autoriza la creación de una Fundación del Estado, la cual se denominará Fundación Instituto Simón Bolívar para la Paz y la Solidaridad entre los Pueblos, con personalidad jurídica y patrimonio propio, adscrita al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores. G.O. N° 41.946 del 19-08-2020.

Decreto N° 4.303, mediante el cual se autoriza la creación de una Fundación del Estado, la cual se denominará Centro Científico Nacional del Ozono, con personalidad jurídica y patrimonio propio, adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Salud. G.O. N° 41.964 del 14-09-2020.

Decreto N° 4.357, mediante el cual se autoriza la creación de una Fundación del Estado, denominada “Centro de Estudios Simón Bolívar”, la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno. G.O. N° 41.994 del 27-10-2020.

Decreto N° 4.382, mediante el cual se autoriza la creación de la Fundación del Estado denominada “Fondo Autoadministrado de Salud para el Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica, sus órganos integrados y entes adscritos”, pudiendo utilizar a todos los efectos la denominación de (FASMEE), con personalidad jurídica y patrimonio propio, la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de energía eléctrica. G.O. N° 42.011 del 19-11-2020.

Providencia N° 003-2020 de la Fundación INFOCENTRO, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de la Unidad de Auditoría Interna de la Fundación Infocentro. G.O. N° 42.020 del 02-12-2020.

e. *Procuraduría General de la República*

Resolución de la Procuraduría General de la República, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de la Unidad de Auditoría Interna de la Procuraduría General de la República. G.O. N° 42.019 del 01-12-2020.

f. *Otros órganos y entes*

Providencia N° 009-2020 del Instituto Nacional del Deporte, mediante la cual se autoriza el funcionamiento de los Registros Auxiliares del Registro Nacional del Deporte, Actividad Física y Educación Física en los Municipios que conforman el territorio de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N°41.960 del 08-09-2020.

Resolución N° 037824 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se crea y activa el Servicio de Alimentación de la Guardia Nacional Bolivariana, orgánico de la Dirección de Logística de la Guardia Nacional Bolivariana, con sede en Caracas, Distrito Capital, con la estructura organizacional que en ella se indica. G.O. N° 41.986 del 15-10-2020, reimpresso en G.O. N° 42.001 del 05-11-2020.

Resolución N° 006/2020 de la Vicepresidencia de la República, mediante la cual se establecen las normas de gobierno del Centro Internacional de Inversión Productiva. G.O. N° 42.008 del 16-11-2020.

Providencia N° 0009/2020 del Instituto Nacional de Servicios Sociales, mediante la cual se aprueba y autoriza el manual de normas y procedimientos de la sección de seguridad (sede central y/o sede alterna). G.O. N° 42.038 del 30-12-2020.

B. Poder Ciudadano**a. Ministerio Público**

Resolución N° 444 del Ministerio Público, mediante la cual se reforma los Estatutos Sociales de la Fundación “Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público” (FENFMP). G.O. N° 41.952 del 27-08-2020.

C. Poder Electoral

Resolución N° 201103-049 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se resuelve crear la Unidad de Registro Civil en el establecimiento de salud Hospital Materno Infantil de Amazonas, ubicado en el municipio Atures del estado Amazonas, la cual funcionará bajo la coordinación directa del Consejo Nacional Electoral, a través de la Oficina Nacional de Registro Civil, dentro de las instalaciones del Hospital. G.O. N° 42.018 del 30-11-2020.

D. Poder Judicial

Resolución N° 2020-007 de la Sala Plena, mediante la cual se proroga el plazo establecido en la Resolución número 006-2020, dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia el 12-08-2020. G.O. N° 42.001 del 05-11-2020.

Resolución N° 2020-0008 de la Sala Plena, mediante la cual los Tribunales de la República laboraran en la forma que en ella se especifica. G.O. N° 42.001 del 05-11-2020.

Resolución N° DDPG-2020-247 de la Defensa Pública, mediante la cual se reanudan las actividades laborales de la Defensa Pública, única y exclusivamente durante las semanas de flexibilización decretadas por el Ejecutivo Nacional, en el marco del sistema denominado 7+7. G.O. N° 6.595 Extraordinario del 13-11-2020.

Resolución N° DDPG-2020-316 de la Defensa Pública, mediante la cual se suspenden las actividades laborales en la Defensa Pública, desde el 17-12-2020 hasta el 17-01-2021, siendo importante resaltar que en dicho lapso se garantizará el servicio de la Defensa Pública, para todos aquellos asuntos urgentes que sean presentados por las ciudadanas y ciudadanos. G.O. N° 42.035 del 23-12-2020.

V. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**1. Sistema financiero****A. Contrataciones públicas**

Providencia N° DG/2020/007 del Servicio Nacional de Contrataciones, mediante la cual se establece el incentivo a la inscripción ante el Registro Nacional de Contratistas (RNC), de las nuevas pequeñas y medianas industrias, así como a los nuevos emprendimientos, que en ella se mencionan. G.O. N° 42.022 del 04-12-2020.

Providencia N° DG/2020/009 del Servicio Nacional de Contrataciones, mediante la cual se establece la información contenida en las bases de datos de los sistemas y archivos en poder del Servicio Nacional de Contrataciones (SNC), tendrá carácter reservado y de divulgación limitada, que en ella se señalan. G.O. N° 42.022 del 04-12-2020.

2. Sistema de auditoría y control interno

Resolución de la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, mediante la cual se dicta el Reglamento de la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. G.O. N° 41.927 del 22-07-2020.

3. *Sistema de bienes públicos*

Decreto N° 4.278, mediante el cual se establecen mecanismos excepcionales para la optimización y seguimiento de los ingresos que perciban los servicios desconcentrados o servicios autónomos y entes descentralizados funcionalmente de la República con o sin fines empresariales. G.O. N° 41.956 del 02-09-2020, reimpresso en N° 42.004 del 10-11-2020.

VI. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones internacionales*

A. *Acuerdos e incorporaciones al ordenamiento jurídico nacional*

Resolución N° DM/282 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se procede a la publicación del “Acuerdo de Cooperación Cultural entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Turquía”. G.O. N° 41.951 del 26-08-2020.

Resolución N° DM/283 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se procede a la publicación del “Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Turquía sobre el Establecimiento, el Funcionamiento y las Actividades de los Centros Culturales”. G.O. N° 41.951 del 26-08-2020.

B. *Cuerpos diplomáticos*

Resolución N° 365 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se crea la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela ante el Gobierno de la República de Guinea-Bisáu. G.O. N° 42.018 del 30-11-2020.

2. *Seguridad y defensa*

A. *Zonas especiales*

Resolución N° 056 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se establecen las Zonas Operativas de Evaluación de Daños y Análisis de Necesidades (ZOEDAN), del Servicio de Bombero y Administración de Emergencias de Carácter Civil, dentro de los espacios geográficos de cada uno de los estados que componen la división político territorial de la República Bolivariana de Venezuela, con el objeto de coordinar, articular, planificar y hacer el respectivo seguimiento de las políticas públicas de prevención, mitigación, preparación y respuesta que correspondan a los Cuerpos de Bomberos y Bomberas en todas sus especialidades. G.O. N° 41.947 del 20-08-2020.

B. *Función policial, de investigación científica y protección civil*

Resolución N° 057 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se reforma la normativa del Concurso Nacional Buenas Prácticas Policiales tiene por objeto detectar, reconocer, difundir, promover y estimular la innovación y el desarrollo de buenas prácticas policiales por los cuerpos de policía en forma planificada, a fin de promover un impacto positivo y tangible en la prestación del servicio de policía que contribuyan a garantizar los derechos humanos, dentro del marco del ejercicio de las atribuciones de seguridad ciudadana. G.O. N° 41.947 del 20-08-2020.

Resolución N° 081 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se dicta las directrices y lineamientos relativos a la aprobación de postulaciones para cargos de libre nombramiento y remoción en el Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, incluyendo su despliegue en los distintivos ámbitos políticos territoriales. G.O. N° 41.981 del 07-10-2020.

C. Operativos y planes de seguridad ciudadana

Resolución Conjunta N° 38527 y N° 152 de los Ministerios del Poder Popular para la Defensa y Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se ordena al Comando Estratégico Operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (CEOFANB), que gire instrucciones pertinentes a los Comandantes de las Regiones Estratégicas de Defensa Integral, para establecer estricto control del desplazamiento fronterizo de personas, tanto por vía terrestre, aérea y marítima, así como el paso de vehículos, desde las doce horas y un minutos antes meridiem (12:01 a.m.) del viernes 04-12-2020, hasta las once horas con cincuenta y nueve minutos post meridiem (11:59 p.m.) del lunes 07-12-2020, con el objeto de resguardar la inviolabilidad de las fronteras y prevenir actividades de personas que pudiesen representar amenazas a la seguridad de la República Bolivariana de Venezuela con motivo de las Elecciones Parlamentarias 2020 del próximo 06-12-2020. G.O. N° 42.017 del 27-11-2020.

3. Migración y extranjería

Resolución Conjunta N° DM/046 y DM/276 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para Relaciones Exteriores, mediante la cual se concede el beneficio de la supresión de visado de no migrante (Turista) hasta por un plazo de noventa (90) días continuos, prorrogables por el mismo lapso con la autorización de la autoridad migratoria, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente, a los ciudadanos y ciudadanas de la República de Indonesia que deseen ingresar al territorio de la República Bolivariana de Venezuela con fines de recreo, salud o actividades que no involucren remuneración o lucro, ni denoten el ánimo de fijar domicilio permanente. G.O. N° 41.937 del 06-08-2020.

VII. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. Tributos

Resolución N° DM/015/2020 del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas, mediante la cual se incorpora al Apéndice I que forma parte integrante del Decreto N° 4.080, de fecha 26-12-2019, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.497 Extraordinario en fecha 26-12-2019, prorrogado mediante Decreto N° 4.241 de fecha 30-06-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.911 de fecha 30-06-2020; los códigos arancelarios 2836.20.90.00, 3104.20.10.00 y 3914.00.11.00, y en consecuencia les será aplicable la exoneración definida en el artículo 1° del citado Decreto. G.O. N° 41.913 del 02-07-2020.

Providencia N° SNAT/2020/026 del SENIAT, mediante la cual se legaliza la emisión y circulación de formularios. G.O. N° 41.914 del 03-07-2020.

Providencia N° SNAT/2020/027 del SENIAT, mediante la cual se legaliza la emisión y circulación de bandas de garantía para licores. G.O. N° 41.914 del 03-07-2020.

Providencia N° SNAT/2020/029 del SENIAT, mediante la cual se establece las disposiciones para el disfrute del beneficio de excepción del pago del impuesto a las grandes transacciones financieras establecido en el Decreto N° 4.220 de fecha 29-05-2020. G.O. N° 41.914 del 03-07-2020.

Resolución Conjunta N° 16-2020 y 111-2020 de los Ministerios del Poder Popular de Economía y Finanzas y para la Salud, mediante la cual gozarán de los beneficios de exoneración a que se refiere el Decreto N° 4.166, de fecha 17-03-2020, las importaciones y ventas de los bienes muebles corporales que en ella se señalan. G.O. N° 41.928 del 23-07-2020.

Providencia N° SNAT/2020/00057 del SENIAT, mediante la cual se establece el calendario de Sujetos Pasivos Especiales y Agentes de Retención para la declaración y pago del Impuesto al Valor Agregado, retenciones en materia de Impuesto al Valor Agregado y anticipos que deben cumplirse para el año 2020. G.O. N° 41.954 del 31-08-2020.

Providencia N° SNAT/2020/00065 del SENIAT, mediante la cual se establece las normas para la declaración y enteramiento de los ingresos que perciban los servicios desconcentrados o servicios autónomos y entes descentralizados funcionalmente de la República con o sin fines empresariales, por concepto de tasas, contribuciones, tarifas, comisiones, recargos y precios públicos. G.O. N° 41.981 del 07-10-2020.

Decreto N° 4.353, mediante el cual se exonera hasta el 28-10-2020, del pago del impuesto al valor agregado, impuesto de importación y la tasa por determinación del régimen aduanero, en los términos y condiciones previstos en este decreto, a las importaciones definitivas de bienes muebles corporales, nuevos o usados, en cuanto sea aplicable, realizadas por los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, así como las realizadas con recursos propios, por las personas naturales o jurídicas, clasificados en los códigos arancelarios señalados en el Apéndice I que forma parte integrante de este Decreto. G.O. N° 41.990 del 21-10-2020.

Decreto N° 4.363, mediante el cual se exonera del pago del impuesto al valor agregado, impuesto de importación y tasa por determinación del régimen aduanero, así como cualquier otro impuesto, tasa o contribución aplicable de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, en los términos y condiciones establecidos en este decreto, a las importaciones definitivas de bienes muebles corporales realizadas por el Consejo Nacional Electoral (CNE), así como las ventas nacionales de bienes muebles corporales y prestación de servicios independientes ejecutados y aprovechados en el país a título oneroso, que se efectúen a dicho órgano, estrictamente necesarias para la realización de las Elecciones Parlamentarias previstas para el 06-12-2020. G.O. N° 41.999 del 03-11-2020.

Providencia N° SNAT/2020/00050 del SENIAT, mediante la cual se establece la emisión y circulación de bandas de garantía para licores. G.O. N° 41.999 del 03-11-2020.

Providencia N° SNAT/2020/00056 del SENIAT, mediante la cual se autoriza la emisión y circulación de formularios. G.O. N° 41.999 del 03-11-2020.

Providencia N° SNAT/2020/000069 del SENIAT, mediante la cual se autoriza la emisión y circulación de bandas de garantía para licores. G.O. N° 42.035 del 23-12-2020.

Providencia N° SNAT/2020/000070 del SENIAT, mediante la cual se activa la Aduana Subalterna de Araure en el estado Portuguesa, adscrita a la Gerencia de la Aduana Principal Centro Occidental, ubicada dentro de la infraestructura portuaria de Puerto Seco “Terminal Intermodal Puerto Seco Batalla Araure”, y tendrá por circunscripción aduanera los límites del referido puerto. G.O. N° 42.035 del 23-12-2020.

Decreto N° 4.411, mediante el cual se exonera hasta el 15-01-2021, del pago del impuesto al valor agregado, impuesto de importación y la tasa por determinación del régimen aduanero, en los términos y condiciones previstos en este decreto, a las importaciones definitivas de bienes muebles corporales, nuevos o usados, en cuanto sea aplicable, realizadas por los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, así como las realizadas con recursos propios, por las personas naturales o jurídicas, clasificados en el código arancelario 8421.29.90.00; sin perjuicio de lo antes dispuesto, la Ministra del Poder Popular con competencia en materia de Economía, Finanzas y Comercio Exterior podrá, mediante Resolución, modificar el o los códigos arancelarios correspondientes a los bienes y productos objeto de este Decreto. G.O. N° 42.037 del 29-12-2020.

Decreto N° 4.412, mediante el cual se establece las exoneraciones de impuestos de importación, impuesto al valor agregado y tasa por determinación del régimen aduanero a las mercancías y sectores señalados en el Capítulo II de este Decreto. G.O. N° 6.608 Extraordinario del 29-12-2020.

Providencia N° SNAT/2020/000078 del SENIAT, mediante la cual se establece el calendario de Sujetos Pasivos Especiales y Agentes de Retención para aquellas obligaciones que deben cumplirse para el año 2021. G.O. N° 42.038 del 30-12-2020.

Providencia N° SNAT/2020/000079 del SENIAT, mediante la cual se dicta sobre el calendario de Sujetos Pasivos No Calificados como Especiales para actividades de juegos de envite o zar a cumplirse en el año 2021. G.O. N° 42.038 del 30-12-2020.

2. *Correo*

Providencia N° CJ/002/2020 de IPOSTEL, mediante la cual se establece los ajustes de las tarifas del franqueo postal obligatorio para todos los operadores postales privados referente a los pagos de obligaciones y deberes formales o materiales, otorgamiento o renovación de concesión postal y su correspondiente clasificación. G.O. N° 41.912 del 01-07-2020.

3. *“Criptomonedas”*

Providencia N° 057-2020 de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas, mediante la cual se establecen los requisitos y trámites para el envío y recepción de remesas en criptoactivos a personas naturales y jurídicas en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.955 del 01-09-2020.

Providencia N° 084-2020 de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas, mediante la cual se regula las actividades relacionadas con el uso, importación, comercialización de equipos de minería digital, partes y piezas de éstos, equipamiento y acondicionamiento de espacios para ofrecer el servicio de hospedaje a equipos de minería Digital, incluida la fabricación, ensamblaje, reparación y mejoras de tales equipos, así como que provean el servicio de minería digital en la nube. G.O. N° 41.969 del 21-09-2020.

4. *Instituciones financieras y mercado de valores*

Providencia N° 064 de la Superintendencia Nacional de Valores, mediante la cual se dicta las normas relativas a la oferta pública de valores de las pequeñas y medianas empresas. G.O. N° 41.913 del 02-07-2020.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa a las instituciones bancarias, a las casas de cambio y a los proveedores no bancarios de terminales de puntos de venta, los límites máximos de las comisiones, tarifas y/o recargos que podrán cobrar por las operaciones y actividades que en él se mencionan. G.O. N° 41.934 del 03-08-2020.

Resolución N° 041.20 de SUDEBAN, mediante la cual se dictan las medidas de carácter temporal para la evaluación de la cartera de créditos, la constitución de provisión por categoría de riesgos, la ejecución de las garantías, condiciones especiales para los créditos otorgados antes de la vigencia del Decreto N° 4.168 de fecha 23-03-2020. G.O. N° 41.965 del 15-09-2020.

Providencia N° 146 de la Superintendencia Nacional de Valores, mediante la cual se autoriza a la Bolsa Descentralizada de Valores de Venezuela, S.A., para actuar como Bolsa Descentralizada de Valores, por un período de prueba de noventa días continuos. G.O. N° 6.578 Extraordinario del 29-09-2020.

Resolución N° 045.20 de la SUDEBAN, mediante la cual se dictan los lineamientos a considerar en el otorgamiento de créditos mediante el instrumento crediticio denominado factoraje o descuento de facturas. G.O. N° 42.035 del 23-12-2020.

5. *Energía y minas*

Decreto N° 4.268, mediante el cual se prorroga por seis meses el plazo establecido en el Decreto N° 4.131, de fecha 19-02-2020, mediante el cual fue declarada la emergencia energética de la industria de hidrocarburos, a los fines de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad energética nacional y proteger la industria ante la agresión multiforme, externa e interna, que se ejecuta para afectar la producción y comercialización petrolera del país. G.O. N° 41.946 del 19-08-2020.

Resolución N° 20-08-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dictan las normas sobre el régimen de comercialización externa de oro. G.O. N° 41.958 del 04-09-2020.

6. *Servicios e industrias*

Resolución N° 191 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se dictan las normas sobre la responsabilidad extendida del productor de envases, empaques y envoltorios de papel, cartón, plástico y vidrio de un solo uso y neumáticos. G.O. N° 42.011 del 19-11-2020.

VIII. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación*

A. *Educación superior*

Resolución N° 50 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación Avanzada en Enfermería en Cuidados Intensivos del Adulto, para la formación de profesionales clínicos dirigidos a la atención asistencial en los servicios de cuidado integral del adulto en estado de gravedad, mediante la integración de los elementos de asistencia, docencia, investigación e interacción social en las unidades de terapia intensiva del adulto, que contribuyan al desarrollo de las ciencias de la salud, teniendo como cometido preservar la salud del adulto y la prestación de cuidados humanos de calidad en los distintos centros asistenciales del país. G.O. N° 41.932 del 30-07-2020.

Resolución N° 51 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación Avanzada en Enfermería en Salud Mental Integral, para la formación de profesionales clínicos dirigidos a la atención asistencial en los servicios de cuidado de la salud mental integral de las personas, familias y comunidades venezolanas; mediante la integración de los elementos de asistencia, docencia, investigación e interacción social, que contribuyan al desarrollo de las ciencias de la salud, teniendo como cometido la preservación de la vida y la prestación de cuidados humanos con enfermedades mentales de calidad, en los distintos centros asistenciales del país. G.O. N° 41.932 del 30-07-2020.

Resolución N° 52 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación Avanzada en Salud Colectiva para la continuidad del proceso formativo de los profesionales de las distintas áreas de las ciencias de la salud, para la investigación, la docencia y la promoción de la participación popular, dirigida a la transformación de las condiciones de vida y salud de la población; con

capacidades para generar reflexiones, conocimientos, métodos, técnicas y prácticas, que contribuyan a garantizar la soberanía sanitaria y el derecho a la salud. G.O. N° 41.932 del 30-07-2020.

Resolución N° 53 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación Avanzada en Ingeniería Mecánica, como un conjunto de actividades académicas, centradas en la investigación e innovación, la creación y recreación de saberes, dirigidas a elevar el nivel de formación de profesionales en las áreas de la industria mecánica, de alto nivel, con ética y compromiso social, habilitados (as) para operar, mantener, analizar, diseñar y desarrollar sistemas en el área de la industria mecánica, con énfasis en la investigación orientada a enfrentar los retos de la industria; en las áreas tecnológicas, de diseño, manufactura, mantenimiento y automatización, en correspondencia con el desarrollo estratégico y soberano del país G.O. N° 41.932 del 30-07-2020.

2. *Régimen laboral*

Decreto N° 4.414, mediante el cual se establece la inamovilidad laboral de las trabajadoras y trabajadores del sector público y privado regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por un lapso de dos (2) años contados a partir de la entrada en vigencia de este Decreto, a fin de proteger el derecho al trabajo como proceso fundamental que permite la promoción de la prosperidad, el bienestar del pueblo y la construcción de una sociedad justa y amante de la paz. G.O. N° 6.611 Extraordinario del 31-12-2020.

3. *Cultura*

Decreto N° 4.262, mediante el cual se declaran tres días de duelo nacional entre los días 13, 14 y 15 de agosto de 2020, en el ámbito de la Administración Pública Nacional, por el lamentable fallecimiento de Ramón Darío Vivas Velasco, con el fin de meditar en el dolor acerca de la obra que en vida realizara este extraordinario venezolano. G.O. N° 41.942 del 13-08-2020.

Decreto N° 4.349, mediante el cual se declara el cinco (5) de octubre de cada año como “Día Nacional de la Salsa”, dedicado al reconocimiento y conmemoración de este importante género musical, y en honor al natalicio del caraqueño Phidias Danilo Escalona, con la finalidad de reconocer su aporte a la cultura musical del Caribe al denominar bajo un mismo concepto esta forma que, desde mediados de los años 60 del siglo XX, sintetizó a buena parte de la música festiva del Caribe. Fecha que servirá, además, para celebrar, enaltecer y divulgar la historia de esta manifestación cultural y la contribución de todo el movimiento salsero venezolano representado en sus intérpretes, músicos, cantantes, soneros, compositores, arreglistas, bailadores, locutores, promotores, productores, coleccionistas, periodistas, investigadores, cronistas, programadores, creadores y demás artistas y profesionales vinculados a la cultura salsera del país. G.O. N° 41.985 del 14-10-2020.

Decreto N° 4.359, mediante el cual se declara el treinta y uno (31) de octubre de cada año como “Día Nacional de la Canción Necesaria” dedicado al reconocimiento y conmemoración de este importante género musical, y en honor al natalicio de Alí Primera, con la finalidad de reconocer su compromiso cantor y humano, poético y político y para celebrar, enaltecer y divulgar esta manifestación cultural y la contribución de todo el movimiento venezolano de cultores y cultoras del legado del Cantor del Pueblo. G.O. N° 41.997 del 30-10-2020.

4. *Vivienda y hábitat*

Resolución N° 32 del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, mediante la cual se suspende de manera especial y excepcional el pago de los cánones de arrendamientos de inmuebles utilizados para vivienda principal hasta el 02-03-2021. G.O. N° 41.971 del 23-09-2020.

5. *Programas sociales*

Resolución Conjunta N° 082 y 320 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para Relaciones Exteriores, mediante la cual se dictan las normas especiales para el reconocimiento y funcionamiento de las organizaciones asociativas no gubernamentales no domiciliadas en Venezuela. G.O. N° 41.994 del 27-10-2020.

IX. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Zonas económicas especiales*

Decreto N° 4.340, mediante el cual se crea la Zona del Conocimiento Productivo del Valle de Quíbor, en una extensión de terreno que abarca aproximadamente un área de cincuenta y siete mil doscientas seis hectáreas con doscientos noventa y ocho metros cuadrados (57.206,298 ha), ubicadas entre los municipios José Florencio Jiménez y José Trinidad Moran del estado Lara, delimitada por una poligonal cerrada cuyos vértices están definidos en coordenadas U.T.M. (Universal Transversa de Mercator), Huso 19 Norte, Datum SIRGAS REGVEN que en él se especifican. G.O. N° 41.979 del 05-10-2020.

Decreto N° 4.391, mediante el cual se crea la Zona Económica Especial Militar N° 1 (ZEEM N° 1) del estado Aragua. G.O. N° 42.034 del 22-12-2020.

Decreto N° 4.392, mediante el cual se crea la Zona Económica Especial Militar de Desarrollo Forestal "ZEEMDEF". G.O. N° 42.034 del 22-12-2020.

2. *Transporte y tránsito*

A. *Sistema de transporte terrestre*

Exhorto Oficial del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante el cual se exhorta a los alcaldes a nivel nacional, quienes tienen la competencia en materia de tarifas en transporte urbano, a los gremios de transportistas y a las autoridades competentes a respetar y mantener como tarifas en sus áreas de competencias, para el transporte privado que preste servicio de carácter público, en las rutas que tengan el recorrido menor o igual a 20 kilómetros y/o su característica sea troncal o periféricas, el monto del pasaje será de treinta mil Bolívares (Bs. 30.000,00). G.O. N° 41.981 del 07-10-2020.

Providencia N° 044-2020 del Instituto Nacional de Transporte Terrestre, mediante la cual se dicta la prórroga del procedimiento provisional especial para la inscripción ante el Registro del Sistema Nacional de Transporte Terrestre de los vehículos a motor, realizados por el Instituto Nacional de Transporte Terrestre (INTT). G.O. N° 41.983 del 09-10-2020.

B. *Sistema de transporte acuático y aéreo*¹³

Resolución N° 029 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se modifica parcialmente la Resolución N° 021, de fecha 20-05-2020, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.884, de fecha 21-05-2020, mediante la cual se dictó el sistema de derechos aeronáuticos para los trámites y servicios prestados por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil en los términos que se establecen en esta Resolución. G.O. N° 41.924 del 17-07-2020.

Resolución N° 36906 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se aprueba y certifica la Tabla de Distancias que contiene la relación tabulada de los puertos y destinos marítimos de la República Bolivariana de Venezuela para calcular la distancia recorrida entre el puerto de salida y puerto de llegada, la cual será empleada por el Servicio Desconcentrado Oficina Coordinadora de Hidrografía y Navegación (OCHINA), para el cobro del tributo. G.O. N° 41.932 del 30-07-2020.

Decreto N° 4.270, mediante el cual se autoriza la creación del “Terminal Intermodal Puerto Seco Batalla de Araure”, el cual será operado y administrado por la empresa Bolivariana de Puertos (BOLIPUERTOS), S.A., en terrenos ubicados en la jurisdicción del Municipio Araure del estado Portuguesa, sobre un lote de terreno comprendido por ciento ocho hectáreas con seis mil ciento setenta y ocho metros cuadrados (108 ha con 6178 m²). G.O. N° 41.947 del 20-08-2020.

Providencia N° PRE-CJU-136-20 del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, mediante la cual se modifica la Regulación Aeronáutica Venezolana 111 (RAV 111), denominada “Operaciones de Plataforma, Certificación y Operación de los Servicios Especializados Aeroportuarios” del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC). G.O. N° 41.959 del 07-09-2020.

¹³ Transcripciones disponibles en el Boletín de Derecho Aeronáutico editado por el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) y disponible en <http://www.cidep.com.ve>

Comentarios Legislativos

LA “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE” EN LA GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA (SEXTA PARTE)

Gabriel Sira Santana*
Abogado

Resumen: *El artículo identifica las decisiones (“decretos constituyentes”) adoptadas por la asamblea nacional constituyente y publicadas en la Gaceta Oficial.*

Palabras Clave: *Asamblea nacional constituyente, decretos constituyentes.*

Abstract: *The article identifies the decisions (“constituent decrees”) adopted by the national constituent assembly and published in the Official Gazette.*

Key words: *National constituent assembly, constituent decrees.*

Desde el número 153-154 de esta revista, correspondiente al primer semestre del año 2018, hemos publicado una serie de artículos donde –como hicimos en otras ocasiones, respecto a otras materias¹– reseñamos los diversos actos divulgados en la Gaceta Oficial de la República (en lo sucesivo, G.O.) por la “Asamblea Nacional Constituyente”.

Lo anterior, con la intención de brindar al lector una imagen de conjunto que facilitara la comprensión de qué hacían los representantes llamados a “decidir el futuro de la Patria”² y determinar –a su vez– cuál era la verdadera finalidad de la llamada “Asamblea Nacional Constituyente”³.

* Abogado mención summa cum laude y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice.

¹ Véanse, en coautoría con Antonio Silva Aranguren, los artículos sobre los decretos con rango, valor y fuerza de ley publicados en G.O. producto de las leyes habilitantes de 2015, 2013 y 2010 en los N° 143-144 (2015), 140 (2014) y 130 (2012) –respectivamente– de la Revista de Derecho Público, editada por la Editorial Jurídica Venezolana.

² Véase el artículo 1 del Decreto N° 2.830, publicado en G.O. N° 6.295 Extraordinario del 01-05-2017, mediante el cual se “convocó” a una “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, ciudadana y de profunda participación popular, para que nuestro Pueblo, como depositario del Poder Constituyente Originario, con su voz suprema, pueda decidir el futuro de la Patria, reafirmando los principios de independencia, soberanía, igualdad, paz, democracia participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural”.

³ Al efecto resulta oportuno recordar que según el artículo 347 de la Constitución de la República, “[e]l pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”. Véase al respecto Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (compiladores): *Estudios sobre la Asamblea*

En este orden de ideas, a la fecha de cierre de este número de la Revista de Derecho Público, cuando el cuerpo en cuestión habría cumplido tres años y cuatro meses de “instaurado”⁴ y también habrían ya cesado sus funciones⁵, podemos afirmar que la “Asamblea Nacional Constituyente” nunca llegó a presentar un proyecto formal del nuevo texto constitucional⁶, dejando entrever que su finalidad en realidad no era redactar una nueva Constitución.

No obstante, lo que sí existió –y, de hecho, vimos con frecuencia en la G.O.– fueron acuerdos, decretos y leyes “constituyentes” por medio de los cuales ese cuerpo dijo aprobar presupuestos, designar o ratificar a las cabezas del Poder Público e inclusive modificar el ordenamiento jurídico, sin tener autoridad o competencia alguna para ello.

Por este motivo consideramos necesario continuar la recopilación que iniciáramos otrora, no sin antes advertir al lector que aun cuando este cuerpo cesó en sus funciones el 31-12-2020, dadas las irregularidades que se viven con el manejo de la G.O.⁷ existe un número importante de gacetas del periodo bajo estudio que no han circulado y, por ende, es factible que hayan documentos emanados de la “Asamblea Nacional Constituyente” que no estén presentes en esta recopilación⁸ y que habrán de ser enlistados en una próxima entrega cuando, esperamos, hayan circulado las gacetas⁹.

Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017. Editorial Jurídica de Venezuela. Caracas, 2017.

⁴ Véase el “Acuerdo mediante el cual se elige a las ciudadanas y ciudadanos que en él se mencionan, como integrantes de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional Constituyente”, publicado en G.O. N° 6.320 Extraordinario del 04-08-2017.

⁵ Véase el “Decreto Constituyente mediante el cual se establece la vigencia de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente”, publicado en G.O. N° 41.636 del 20-05-2019, donde se indica que este funcionaría “al menos hasta el día treinta y uno de diciembre del año 2020”, sin que tal vigencia fuese prorrogada. Asimismo, véase Reuters, 18-12-2020, *Oficialistas de Venezuela cierran criticada asamblea constituyente*, en <https://www.reuters.com/article/venezuela-politica-constituyente-idLTAKBN28S359>

⁶ A lo sumo, nótese que en septiembre de 2018 circuló en el foro jurídico una supuesta “propuesta texto constitucional de la República Bolivariana de Venezuela 2018” con autoría del Instituto de Altos Estudios del Proceso Social de Trabajo “Jorge Rodríguez” de la Universidad Bolivariana de Trabajadores “Jesús Rivero”. Disponible en https://www.scribd.com/document/388424502/Propuesta-Texto-Constitucional-Completa-28-8#from_embed

⁷ Véase Sira Santana, Gabriel. *Reporte CIDEP: La Gaceta Oficial de la República como fuente de inseguridad jurídica*, en <https://cidep.com.ve/files/reportes/reportecidep-go.pdf>

⁸ Téngase como ejemplo que la prensa nacional informó el 18-12-2020 que “[e]n uno de sus últimos actos los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) aprobaron una ley que impide la modificación de las llamadas leyes constitucionales que aprobó la instancia conformada solo por seguidores del chavismo”, sin que la G.O. que contiene dicha ley haya circulado hasta el momento. Véase Efecto Cocuyo, 18-12-2020, *Leyes que aprobó la ANC sólo se podrán modificar por iniciativa ciudadana, la AN o el presidente*, en <https://efectococuyo.com/politica/leyes-que-aprobo-la-anc-solo-se-podran-modificar-por-iniciativa-ciudadana-la-an-o-el-presidente/>

⁹ Dejamos constancia que la fecha de cierre de esta colaboración fue el 31-12-2020, por lo que cualquier publicación en G.O. posterior a ese día no fue incluida en la misma. Asimismo, advertimos al lector que a la fecha no habían circulado las Gacetas Oficiales N° 41.916, 41.939, 42.002 y 42.010 ni los N° 6.566, 6.572, 6.588, 6.589, 6.591, 6.603, 6.604, 6.607, 6.609 y 6.610 Extraordinarios correspondientes al segundo semestre del año 2020, por lo que se desconoce si en las mismas se publicaron actos de interés para esta colaboración. Finalmente destacamos que de las G.O. identificadas en la quinta parte de esta recopilación (*Revista de Derecho Público*, N° 161-162, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, pp. 375-380) como de contenido desconocido dada su fal-

Dicho esto, en el primer aparte de esta colaboración enlistaremos todas las publicaciones según su contenido (“leyes constitucionales”; “decretos constituyentes” con aparente contenido normativo; y pronunciamientos sobre el acontecer nacional e internacional), mientras que en el segundo aparte haremos lo propio en orden cronológico, indicando el número de la G.O. respectiva y una breve descripción de su contenido cuando se considere pertinente, o la cita del objeto en caso de tratarse de una “ley” o “decreto constituyente” con aparente contenido normativo.

I. PUBLICACIONES EN GACETA OFICIAL DE LA “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE”, ORDENADAS POR CATEGORÍA

1. *“Leyes constitucionales”*

- a. Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos.
- b. Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2021.
- c. Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero 2021.

2. *“Decretos constituyentes” con aparente contenido normativo*

- a. Decreto Constituyente que amplía el mandato otorgado a la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública.
- b. Decreto Constituyente de Reforma de la Ley del Ejercicio de la Medicina.
- c. Decreto Constituyente de Reforma de la Ley del Ejercicio Profesional de la Enfermería.
- d. Decreto Constituyente que aprueba la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero para el año 2021, la Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero del Año 2021 y el Plan Operativo Anual para el año 2021.
- e. Decreto Constituyente que aprueba el Presupuesto de Ingresos y Gastos Operativos del Banco Central de Venezuela para el Ejercicio Fiscal del Año 2021.
- f. Decreto Constituyente que crea el Centro Internacional de Inversión Productiva.

3. *Pronunciamientos sobre el acontecer nacional e internacional*

- a. Acuerdo Constituyente en ocasión de la conmemoración de los 209 años de la Firma del Acta de Nuestra Independencia Nacional.
- b. Acuerdo Constituyente en ocasión del tercer aniversario de la instalación por la paz y la estabilidad republicana de la originaria y plenipotenciaria Asamblea Nacional Constituyente.

ta de circulación, a la fecha restan por circular los N° 6.516, 6.529, 6.536, 6.543 y 6.544 Extraordinarios, encontrándose en la G.O. N° 41.903 del 17-06-2020 dos actos de interés para esta recopilación. A saber: el “Acuerdo Constituyente en ocasión de la designación Constitucional de los integrantes del Poder Electoral de la República Bolivariana de Venezuela realizada por el Tribunal Supremo de Justicia” y el “Acuerdo Constituyente en solidaridad con la lucha pacífica del pueblo de los Estados Unidos de América quienes hoy levantan sus voces contra el sistema excluyente, discriminatorio, fascista y racista impuesto por su plutocrática elite política”.

c. Acuerdo Constituyente ante el sensible fallecimiento del historiador patriota de la hermana República de Cuba, Eusebio Leal Spengler.

d. Acuerdo Constituyente ante el fallecimiento del camarada, luchador incansable y compatriota leal al proyecto bolivariano Darío Vivas Velazco.

e. Pronunciamiento de la Asamblea Nacional Constituyente al Pueblo Venezolano y a los Pueblos Libres del mundo en ocasión de la medida de indulto presidencial decretado por el ciudadano Presidente Nicolás Maduro Moros a ciudadanos procesados por hechos punibles contra la Constitución Nacional, las Leyes, los Derechos Humanos y los sagrados intereses de nuestro Pueblo.

f. Pronunciamiento de la Asamblea Nacional Constituyente que rechaza las nuevas agresiones del imperialismo estadounidense en contra del Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, el pueblo y las instituciones democráticas de la Patria.

g. Pronunciamiento de la Asamblea Nacional Constituyente al Pueblo Venezolano y a los Pueblos Libres del Mundo en ocasión del panfletario informe presentado por una falsa e inmoral “Misión Internacional” en materia de derechos humanos que atenta contra la verdad, la integridad y la dignidad de la República Bolivariana de Venezuela.

h. Acuerdo Constituyente de felicitación al pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia que en unidad, conciencia y de la mano de nuestro Jefe Indio del Sur Evo Morales, derrotó la dictadura fascista, a los golpistas y el imperialismo, obteniendo una aplastante victoria donde resultaron electos como Presidente Luis Arce y Vicepresidente David Choquehuanca, en las elecciones generales del domingo 18-10-2020.

II. PUBLICACIONES EN GACETA OFICIAL DE LA “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE”, ORDENADAS CRONOLÓGICAMENTE

1. Acuerdo Constituyente en ocasión de la conmemoración de los 209 años de la Firma del Acta de Nuestra Independencia Nacional. G.O. N° 6.552 Extraordinario del 04-07-2020.

Sinopsis: El acto acuerda, entre otros, “Manifestar desde esta Asamblea Nacional Constituyente, con ocasión de esta fecha histórica, nuestra indeclinable voluntad de defender la integridad nacional de la República Bolivariana de Venezuela acompañando como Poder Plenipotenciario los esfuerzos del Presidente Constitucional de la República, Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y Jefe de Gobierno NICOLÁS MADURO MOROS, en pro de la paz y estabilidad política y social nacional, como valores supremos para construir una patria próspera y de futuro para todos y todas”.

2. Acuerdo Constituyente en ocasión del tercer aniversario de la instalación por la paz y la estabilidad republicana de la originaria y plenipotenciaria Asamblea Nacional Constituyente. G.O. N° 6.559 Extraordinario del 01-08-2020.

Sinopsis: El acto acuerda, entre otros, “Expresar nuestra firme convicción en la fortaleza de la unión cívico-militar, de las instituciones democráticas de nuestra patria y del Gobierno Bolivariano encabezado por el Presidente de la República NICOLÁS MADURO MOROS para continuar los esfuerzos de protección del pueblo de la República Bolivariana de Venezuela, en el marco de esta batalla contra la pandemia COVID-19 y en contra de los enemigos de la paz y la estabilidad nacional, en cuyas luchas seguirá contando con el respaldo leal, democrático y

responsable de esta Asamblea Nacional Constituyente que tiene la tarea suprema de garantizar la paz y estabilidad nacional en pro de los derechos de todos los venezolanos y venezolanas”.

3. Acuerdo Constituyente ante el sensible fallecimiento del historiador patriota de la hermana República de Cuba, Eusebio Leal Spengler. G.O. N° 6.559 Extraordinario del 01-08-2020.
4. Decreto Constituyente que amplía el mandato otorgado a la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública. G.O. N° 6.562 Extraordinario del 14-08-2020.

Sinopsis: El decreto prorroga hasta el 31-12-2020 el plazo otorgado a la Comisión para el cumplimiento de su objeto.

5. Acuerdo Constituyente ante el fallecimiento del camarada, luchador incansable y compatriota leal al proyecto bolivariano Darío Vivas Velazco. G.O. N° 6.562 Extraordinario del 14-08-2020.
6. Pronunciamiento de la Asamblea Nacional Constituyente al Pueblo Venezolano y a los Pueblos Libres del mundo en ocasión de la medida de indulto presidencial decretado por el ciudadano Presidente Nicolás Maduro Moros a ciudadanos procesados por hechos punibles contra la Constitución Nacional, las Leyes, los Derechos Humanos y los sagrados intereses de nuestro Pueblo. G.O. N° 41.955 del 01-09-2020.
7. Pronunciamiento de la Asamblea Nacional Constituyente que rechaza las nuevas agresiones del imperialismo estadounidense en contra del Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, el pueblo y las instituciones democráticas de la Patria. G.O. N° 41.970 del 22-09-2020.

Sinopsis: El acto afirma, entre otros, que “De igual forma reiteramos nuestro absoluto respaldo al Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela Nicolás Maduro Moros, ante esta nueva agresión, al tiempo de seguir acompañándole en sus esfuerzos supremos por garantizar la integridad, la paz y estabilidad nacional”.

8. Pronunciamiento de la Asamblea Nacional Constituyente al Pueblo Venezolano y a los Pueblos Libres del Mundo en ocasión del panfletario informe presentado por una falsa e inmoral “Misión Internacional” en materia de derechos humanos que atenta contra la verdad, la integridad y la dignidad de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.970 del 22-09-2020.

Sinopsis: El acto afirma, entre otros, que “De igual manera, este panfleto tarifado de agresión acusa irresponsablemente al Presidente de la República Nicolás Maduro Moros, cuando es notorio y comunicacional su constante llamado a la paz y la protección de los derechos humanos, incluso en el ejercicio legítimo del Estado de acciones para el control de protestas nada pacíficas en el marco de la violencia insurreccional que pretendía generar un baño de sangre en nuestra patria”.

9. Decreto Constituyente de Reforma de la Ley del Ejercicio de la Medicina. G.O. N° 41.984 del 13-10-2020.

Sinopsis: El decreto modifica los artículos 3, 4, 22 y 35 de la ley para incluir al médico cirujano militar.

10. Decreto Constituyente de Reforma de la Ley del Ejercicio Profesional de la Enfermería. G.O. N° 41.984 del 13-10-2020.

Sinopsis: El decreto modifica los artículos 4 y 11 de la ley para incluir a los licenciados en enfermería militar.

11. Acuerdo Constituyente de felicitación al pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia que en unidad, conciencia y de la mano de nuestro Jefe Indio del Sur Evo Morales, derrotó la dictadura fascista, a los golpistas y el imperialismo, obteniendo una aplastante victoria donde resultaron electos como Presidente Luis Arce y Vicepresidente David Choquehuanca, en las elecciones generales del domingo 18-10-2020. G.O. N° 41.989 del 20-10-2020.
12. Decreto Constituyente que aprueba la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero para el año 2021, la Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero del Año 2021 y el Plan Operativo Anual para el año 2021. G.O. N° 41.996 del 29-10-2020.
13. Decreto Constituyente que aprueba el Presupuesto de Ingresos y Gastos Operativos del Banco Central de Venezuela para el Ejercicio Fiscal del Año 2021. G.O. N° 41.996 del 29-10-2020.
14. Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos. G.O. N° 6.583 Extraordinario del 12-10-2020.

Objeto: Esta Ley Constitucional tiene por objeto establecer un marco normativo especial y temporal que provea al Poder Público venezolano de herramientas jurídicas para contrarrestar, mitigar y reducir, de manera efectiva, urgente y necesaria, los efectos nocivos generados por la imposición, contra la República Bolivariana de Venezuela y su población, de medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas, emanadas o dictadas por otro Estado o grupo de Estados, o por actos u omisiones derivadas de estos, por organizaciones internacionales u otros entes públicos o privados foráneos, que afectan los derechos humanos del pueblo venezolano, implican atentados contra el Derecho Internacional y, en su conjunto, constituyen crímenes de lesa humanidad y la afectación del derecho al desarrollo libre y soberano del pueblo venezolano consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículo 1).

15. Decreto Constituyente que crea el Centro Internacional de Inversión Productiva. G.O. N° 6.583 Extraordinario del 12-10-2020.

Objeto: Este Decreto Constituyente tiene por objeto crear el Centro Internacional de Inversión Productiva, como instituto público con personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente de la República, el cual goza de las prerrogativas y privilegios otorgados por la ley. El Centro Internacional de Inversión Productiva estará adscrito a la Vicepresidencia de la República y tiene autonomía presupuestaria, administrativa y financiera (artículo 1).

16. Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2021. G.O. N° 6.588 Extraordinario del 30-10-2020.
17. Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero 2021. G.O. N° 6.588 Extraordinario del 30-10-2020.

LA GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA COMO FUENTE DE INSEGURIDAD JURÍDICA

Gabriel Sira Santana*

Abogado

Resumen: *El artículo presenta algunas consideraciones sobre las irregularidades ocurridas recientemente en cuanto a la publicación y circulación de la Gaceta Oficial, agravadas por la pandemia COVID-19.*

Palabras Clave: *Gaceta oficial, seguridad jurídica, irretroactividad de la ley.*

Abstract: *This paper comments some of the recent irregularities regarded to the publication and circulation of the Official Gazette, aggravated by the COVID-19 pandemic.*

Key words: *Official Gazette, legal security, non-retroactivity of the law.*

El artículo 215 de la Constitución de la República¹ (en lo sucesivo, CRBV) prevé que “[l]a Ley quedará promulgada al publicarse con el correspondiente ‘Cúmplase’ en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”.

Disposiciones similares encontramos en normas pre y post constitucionales como serían (i) el Código Civil², que estipula que “[l]a Ley es obligatoria desde su publicación en la GACETA OFICIAL o desde la fecha a posterior que ella misma indique”, (ii) la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos³, según la cual “[l]os actos administrativos de carácter general o que interesen a un número indeterminado de personas, deberán ser publicados en la Gaceta Oficial que corresponda al organismo que tome la decisión (...). También serán publicados en igual forma los actos administrativos de carácter particular cuando así lo exija la ley”, y (iii) el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁴, al determinar que “[l]os reglamentos, resoluciones y demás

* Abogado mención summa cum laude y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice.

¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999, reimpressa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 y enmendada en N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

² Publicado en Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario del 26-07-1982.

³ Publicada en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinaria del 01-07-1981.

⁴ Publicado en Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario del 17-11-2014.

actos administrativos de carácter general dictados por los órganos y entes de la Administración Pública deberán ser publicados sin excepción en la Gaceta Oficial de la República (...) o, según el caso, en el medio de publicación oficial correspondiente”⁵.

Todos estos artículos responden a una idea común: los actos generales del Poder Público deben ser publicados, siendo el medio idóneo para ello –a nivel nacional– la Gaceta Oficial de la República como instrumento cuya edición, difusión y comercialización corresponde al Servicio Autónomo Imprenta Nacional y Gaceta Oficial, adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información; tratándose en consecuencia de una actividad vital del Estado que compete a la Administración Pública Nacional ejecutar.

Lamentablemente, como tantas otras materias en el país⁶, desde hace algunos años la publicación y efectiva circulación de la Gaceta Oficial se encuentra inmersa en serias irregularidades que se han acrecentado con motivo de la pandemia COVID-19⁷, tal como expon-dremos a continuación, no sin antes precisar qué es la Gaceta Oficial y su vinculación con el principio de seguridad jurídica.

I. EL PERIÓDICO DE LA REPÚBLICA

La Gaceta Oficial fue creada por decreto de Antonio Guzmán Blanco el 11-10-1872⁸, como un “periódico oficial (...) el cual saldrá por ahora tres veces cada semana y consta de cuatro páginas en folio a dos columnas”, donde “[s]e publicarán (...) las leyes, decretos y todos los documentos expedidos y que se expidieren en el ejercicio de los poderes públicos nacionales” (artículos 1 y 2, respectivamente).

A lo dicho, el decreto agregó que (i) “[l]os documentos a que se refiere el artículo anterior, producirán sus efectos en relación a los derechos y obligaciones de los venezolanos, y tendrán autenticidad y vigor desde que aparezcan publicados en la ‘Gaceta Oficial’”, y (ii) “[e]l periódico Oficial se distribuirá (...) los días de su salida” (artículo 3 y único aparte del artículo 6, respectivamente).

Así, la primera Gaceta Oficial se publicó tan solo cuatro días después (el 15-10-1872) y el primer acto inserto en ella fue, justamente, su decreto de creación, acompañado de otros tantos decretos y resoluciones en los que se nombró al editor y administrador de la Gaceta

⁵ Nótese que este decreto ley alude en múltiples oportunidades a la necesidad de publicar en la Gaceta Oficial los actos de la Administración, como se constata en los artículos 40 (delegaciones y encomiendas), 90 (reglamentos), 104 y 105 (empresas del Estado), 111 y 112 (fundaciones del Estado), 121 (adscripciones), 127 (intervención de entes descentralizados) y 138 (compromisos de gestión).

⁶ Téngase como ejemplo el estado de los servicios públicos, reportado por el Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad, en <https://cedice.org.ve/observatoriogp/portfolio-items/monitorserviciosjulio/?portfolioCats=14>

⁷ Véase al respecto Sira Santana, Gabriel. “Venezuela y el estado de alarma por el COVID-19”, *Estudios jurídicos sobre la pandemia del COVID-19*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, pp. 55-70, así como los diferentes trabajos publicados en la obra colectiva *Derecho Público en tiempos de pandemia. Reflexiones jurídicas sobre la COVID-19*, Centro para la Integración y el Derecho Público y Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, Caracas, 2020.

⁸ Consultado en *Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela*, tomo 5, Editorial La Opinión Nacional, Caracas, 1890, p. 152, disponible en el sitio web del CIDEP (www.cidep.com.ve) en alianza con la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Oficial, se encargó a la Compañía de Crédito la dirección y administración de tres carreteras y la construcción del Capitolio, se prohibió la introducción de elementos de guerra en la República sin autorización del Gobierno, entre otros⁹.

Este *periódico* fue objeto de algunos cambios con el tiempo¹⁰ –si bien su finalidad permaneció incólume– hasta llegar a la hoy vigente Ley de Publicaciones Oficiales de 1941¹¹ conforme con la cual “[l]as leyes deberán publicarse en la GACETA OFICIAL” y “[l]as Leyes entrarán en vigor desde la fecha que ellas mismas señalen; y, en su defecto, desde que aparezcan en la GACETA OFICIAL” (artículos 1 y 2), lo que coincidiría con lo dicho hasta el momento, en adición a otras disposiciones de interés como serían que:

(i) En caso de discrepancias entre el original y la impresión en la Gaceta Oficial debe procederse con la reimpresión del texto, dejándose constancia expresa de “en que consistió el error de la publicación primitiva” y, “[e]n este caso, la Ley se tendrá por promulgada desde su primera publicación, pero no podrá darse efecto retroactivo a la corrección” (artículo 4)¹².

(ii) En caso de reformas legislativas debe publicarse tanto el texto donde consta la aprobación de dichos cambios como el texto íntegro de la ley con esas incorporaciones, sustituciones o supresiones (artículo 5), a diferencia de como ocurre en buena parte de la región que ello no es necesario y se dificulta conocer cuál es el texto vigente, dando lugar a la posterior emisión de textos refundidos o únicos¹³.

(iii) La Gaceta Oficial “se publicará todos los días hábiles, sin perjuicio de que se editen números extraordinarios, siempre que fuere necesario; y deberán insertarse en ella sin retardo los actos oficiales que hayan de publicarse” (encabezado del artículo 12), contando las leyes,

⁹ Véase la Gaceta Oficial N° 1 del 15-10-1872.

¹⁰ Luego del decreto indicado el tema estuvo regulado por la Ley de Imprenta Nacional y Gaceta Oficial, publicada en Gaceta Oficial N° 16.520 del 31-05-1928, a la que se sumarían decretos como el N° 789 publicado en Gaceta Oficial N° 33.295 del 28-08-1985 por el cual se determinó que la imprenta funcionaría como un servicio autónomo sin personalidad jurídica, dependiente jerárquicamente de la Oficina Central de Información de la Presidencia de la República, y entre sus competencias estaría el “[e]ditar la GACETA OFICIAL (...), de acuerdo a las Instrucciones del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia, y coordinar lo relativo a su impresión, administración y venta” (literal “B” del artículo 2).

¹¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 20.546 del 22-07-1941.

¹² Nótese que la obligación de dejar constancia de en qué consistió el error suele ser ignorada indicándose en el sumario de la Gaceta Oficial, a lo sumo, que se reimprime “por fallas en los originales” (véase como ejemplo el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora originalmente publicado en Gaceta Oficial N° 6.211 Extraordinario del 30-12-2015 y reimpresso en la N° 6.220 Extraordinario del 15-03-2016), “por falla de Imprenta” (caso del Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela mediante el cual se procede a la publicación del estudio comparativo de Tarjetas de Crédito y Débito correspondiente al mes de enero 2019, originalmente en la Gaceta Oficial N° 41.635 del 17-05-2019 y reimpresso en la N° 41.642 del 28-05-2019) o “por error material” (caso de la Resolución N° 71 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se establecen los lineamientos para la prohibición total de la publicidad, promoción y patrocinio y regulación de la venta de los productos del tabaco en el territorio nacional de la República, originalmente en la Gaceta Oficial N° 41.678 del 19-07-2019 y reimpresso en la N° 41.684 del 31-07-2019), si bien en otras oportunidades sí se precisan los cambios bajo la fórmula “donde dice X debe decir Y” (véase la Providencia N° PRE-CJU-GDA-434-19 del INAC, mediante la cual se corrige la Providencia N° PRE-CJU-401-19 del 09-08-2019, publicada en Gaceta Oficial N° 41.709 del 04-09-2019).

¹³ Véase como ejemplo el Decreto N° 2421 que fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República en Chile, consultado en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=18995>

decretos, resoluciones y demás actos oficiales con “el carácter de públicos por el hecho de aparecer en la GACETA OFICIAL (...), cuyos ejemplares tendrán fuerza de documento público”.

En este sentido, si bien existen otras leyes en el ordenamiento venezolano que promueven la publicidad de la información oficial valiéndose para ello en gran medida de las tecnologías de la información y la comunicación, como se constata por ejemplo en el Decreto con Fuerza de Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas¹⁴, la Ley Infogobierno¹⁵ y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁶, ninguno de estos mecanismos puede sustituir a la Gaceta Oficial de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales traídas a colación al inicio de esta colaboración.

Al respecto, nótese que no es nuestra intención negar el valor de las tecnologías de la información y la comunicación para el ejercicio de las funciones del Estado¹⁷ sino, más bien, destacar que la publicación de los actos oficiales en la Gaceta Oficial es necesaria para que los mismos sean eficaces y estén dotados de exigibilidad¹⁸, sea que esta gaceta circule de

¹⁴ Publicado en Gaceta Oficial N° 37.148 del 28-02-2001. Si bien extenderse sobre el contenido de este decreto ley rebasa nuestro objeto de estudio, téngase presente el artículo 3 según el cual “[e]l Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para que los organismos públicos puedan desarrollar sus funciones, utilizando los mecanismos descritos en este Decreto-Ley”. Sobre el decreto ley en general véase Andrea Rondón García, “Comentarios generales al Decreto-Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas de la República Bolivariana de Venezuela”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 123, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2002, pp. 151-179.

¹⁵ Publicada en Gaceta Oficial N° 40.274 del 17-10-2013. Véanse nuestros comentarios en Sira Santana, Gabriel. “Algunas notas sobre la Ley de Infogobierno y el Gobierno electrónico en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 6, Universidad Monteávila, Caracas, 2015, pp. 259-298, en <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2016/01/Algunas-notas-sobre-La-Ley-de-Infogobierno.pdf> A los efectos de estas líneas ténganse presentes los artículos 18 y 19 según los cuales “[l]os órganos y entes del Poder Público y el Poder Popular, en el ejercicio de sus competencias, deben contar con un portal de internet bajo su control y administración. La integridad, veracidad y actualización de la información publicada y los servicios públicos que se presten a través de los portales es responsabilidad del titular del portal. La información contenida en los portales de internet tiene el mismo carácter oficial que la información impresa que emitan” y “[l]os servicios prestados por el Poder Público y el Poder Popular a través de los portales de internet deben ser accesibles, sencillos, expeditos, confiables, pertinentes y auditables, y deben contener información completa, actual, oportuna y veraz, de conformidad con la ley y la normativa especial aplicable”, respectivamente.

¹⁶ El artículo 11 indica que “[c]ada órgano y ente de la Administración Pública deberá establecer y mantener una página en internet, que contendrá entre otra, la información que se considere relevante, los datos correspondientes a su misión, organización procedimiento, normativa que lo regula, servicios que presta, documentos de interés para las personas, ubicación de sus dependencias e información de contactos”.

¹⁷ Véase sobre este punto los diferentes trabajos publicados en la obra colectiva *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de FUNEDA*, Centro para la Integración y el Derecho Público y Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2019.

¹⁸ Una excepción a este principio lo encontramos en materia de estados de excepción, ya que de acuerdo con el artículo 22 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, publicada en Gaceta Oficial N° 37.261 del 15-08-2001, “[e]l decreto que declare los estados de excepción tendrá rango y fuerza de Ley, entrará en vigencia una vez dictado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, y deberá ser publicado en la Gaceta Oficial de la República (...) y difundido en el más breve plazo por todos los medios de comunicación social, si fuere posible”. Véanse nuestros

forma física o digital siempre que, independientemente del formato empleado¹⁹, la integridad del texto no se encuentre en entredicho y cumpla su objetivo de brindar seguridad jurídica. Principio este que desarrollaremos de seguida.

II. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Una de las bases sobre las que se cimienta todo Estado de Derecho es el principio de seguridad jurídica, entendido como la posibilidad de que toda persona tenga conocimiento cierto y previo de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento acuerda para determinados supuestos de hecho.

Sin pretender un estudio pormenorizado del tema, basta un repaso doctrinal para constatar como Locke, por ejemplo, aseguraba que el poder del Estado consistía en gobernar de acuerdo con leyes previamente sancionadas y promulgadas, conocidas por el pueblo, con ningún otro fin que la paz, seguridad y el bien común²⁰, mientras autores como Kelsen estudiaban este principio en relación con la actividad judicial en el sentido que “las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles”²¹.

Más recientemente, Carbonell expuso que los derechos que se derivan de la seguridad jurídica “son tal vez los que más clara relación guardan con el concepto de Estado de derecho en sentido formal”, y que este principio presenta dos dimensiones: “una que tiene que ver con la previsibilidad de nuestras acciones en cuanto a sus consecuencias jurídicas, y otra que está referida al funcionamiento de los poderes públicos”²².

De este modo, continua Carbonell, la primera de las dimensiones comentadas exige que la norma jurídica cumpla con los principios de (i) *lege promulgata*, o que esté “adecuadamente promulgada” y haya “sido dada a conocer a sus destinatarios mediante las formalidades que se establezcan en cada caso”, con la particularidad que “en los Estados modernos [ello] presupone el carácter escrito del derecho, lo que permite la inclusión de las normas en publicaciones oficiales”²³; (ii) *lege manifiesta*, o que la norma sea clara y comprensible²⁴; (iii)

comentarios al respecto en Sira Santana, Gabriel. *El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*, Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

¹⁹ Téngase como ejemplo de publicación digital el Boletín Oficial de la República Argentina cuya “publicación (...) en su sitio web, www.boletinoficial.gob.ar, reviste carácter de oficial y auténtica y produce idénticos efectos jurídicos a los de su edición impresa”, de acuerdo con el Decreto N° 207/2016 consultado en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/257958/norma.htm>

²⁰ Locke, John. *Second Treatise of Government and A Letter Concerning Toleration*, Oxford University, Oxford, 2016, formato Kindle, loc. 2164.

²¹ Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*, 16° ed., trad. de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México DF, 2009, p. 260.

²² Carbonell, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2004, pp. 585-587.

²³ Véase el artículo 215 de la CRBV, ya citado.

²⁴ Nótese que aun cuando no hay una mención expresa a este principio en la CRBV –lo que no equivale a decir que el mismo no resulte aplicable, ya que los principios jurídicos impregnan a los ordenamientos se hallen o no positivizados– resulta de valor traer a colación el artículo 13 de la

lege plena, o que las consecuencias jurídicas estén debidamente tipificadas, so pena de que el comportamiento quede libre de sanción²⁵; (iv) *lege stricta*, o que la norma se adecue a la llamada reserva legal conforme con la cual determinados derechos pueden ser regulados únicamente mediante leyes formales²⁶; (v) *lege previa*, dado que las normas solo rigen hacia el futuro y ello “hace posible que las consecuencias jurídicas de nuestra conducta sean previsibles en la medida en que podamos saber que estarán regidas bajo las *actuales* reglas del juego y no bajo las reglas que en un momento posterior pudieran dictarse”, proscribiéndose en consecuencia la irretroactividad de la ley²⁷; y (vi) *lege perpetua*, al tender los dispositivos normativos a su estabilidad en el tiempo, “a fin de que las personas puedan conocerlos y ajustar su conducta a lo que establezcan”²⁸.

En otras palabras, la seguridad jurídica giraría sobre la idea de que el sujeto pueda ser efectivamente *motivado* por la norma para decidir si la acata –en cuyo caso se abstraería del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado– o viola, dando pie a la imposición de sanciones luego de que las autoridades competentes sustancien conforme con Derecho los procedimientos respectivos²⁹; todo lo cual se vería reforzado por la segunda dimensión de Carbonell³⁰ que plantea la presunción del conocimiento del derecho³¹ y el principio de legalidad que rige al ejercicio del Poder Público³².

Constitución de 1811 conforme con el cual la ley, al ser promulgada, “saldrá entonces redactada clara, sencilla, precisa y uniformemente”.

²⁵ Este principio, que responde a la máxima de que todo lo que no esté expresamente prohibido queda permitido, formaría parte del debido proceso previsto en el artículo 49 de la CRBV.

²⁶ Véanse los artículos 202 (“[l]a ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador”), 187.1 (“[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”) y 156.32 ([e]s de la competencia del Poder Público Nacional: 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de elecciones; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notaría y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional”) de la CRBV.

²⁷ A tenor del encabezado del artículo 24 de la CRBV, “[n]inguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena”.

²⁸ Miguel Carbonell, *ob. cit.*, pp. 587-588.

²⁹ Nótese que se recurre al ejemplo de la imposición de una sanción por parte del Estado por ser el que permite apreciar con más claridad la importancia del principio al que hacemos referencia, si bien se conoce que no todos los actos a ser publicados en la Gaceta Oficial responden al binomio infracción-sanción.

³⁰ Carbonell, Miguel. *ob. cit.*, p. 589.

³¹ Téngase presente el artículo 2 del Código Civil conforme con el cual “[l]a ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento”.

³² Véase, entre otros, Moles Caubet, Antonio. “Implicaciones del principio de legalidad”, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, v. 2, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1972, pp. 137-173 y Gonzalo Pérez Luciani, *El principio de legalidad*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.

Finalmente, destacamos que estas consideraciones son compartidas en el foro nacional constatándose en la obra de Ortiz-Ortiz, por ejemplo, que la seguridad jurídica se refiere a que el individuo “en todo momento sepa con entera claridad hasta dónde llega su esfera de actuación jurídica y dónde empieza la de los demás” o, en otras palabras, la “conciencia de las reglas de juego en el medio social”, enlistando el autor como lo hiciera Carbonell *ut supra* una serie de condiciones para su materialización y entre las que encontramos que el Derecho conste en leyes, sea preciso –es decir, que no sea necesario acudir a conceptos jurídicos indeterminados al momento de valorar una situación como antijurídica– y esté signado por su estabilidad³³.

Ahora bien, de lo hasta aquí dicho podrá apreciar el lector que hay vulneraciones a la seguridad jurídica que escaparían del *margen de acción* de la Gaceta Oficial pues, al ser esta únicamente un medio por donde se dan a conocer algunas de las actuaciones del Poder Público Nacional, a la misma no le resultarán imputables violaciones que deriven del contenido de dichos actos como ocurriría en caso de leyes, reglamentos, resoluciones, providencias o demás que pequen de ambiguos o incomprensibles³⁴, estén inmersos en amplias lagunas jurídicas que permitan cualquier solución a criterio del intérprete³⁵, se transgreda la reserva legal³⁶, o sean modificadas con frecuencia³⁷, ya que en todos estos casos la responsabilidad recaería en cabeza de las autoridades competentes: el Parlamento o el Ejecutivo Nacional, según corresponda³⁸.

³³ Ortiz-Ortiz, Rafael. “Introducción a una teoría de los valores jurídicos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 101, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, pp. 90-92.

³⁴ El tema ha sido estudiado en el foro, tal como se constata en la obra de Delgado quien afirma que la vaguedad en el uso del lenguaje en nuestra legislación “convierte la certeza del derecho en una fantasía” o “una abigarrada masa de artículos susceptibles de servir de fundamento para cualquier decisión”. Véase Francisco Delgado, *La reconstrucción del Derecho Venezolano*, Editorial Galipán, Caracas, 2012, p. 39.

³⁵ Un ejemplo de ello podríamos encontrarlo en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, publicado en Gaceta Oficial N° 40.787 del 12-11-2015, como se estudia en Alfonso Paradisi, Juan Domingo. “Comentarios en cuanto al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precio Justos publicado en la Gaceta Oficial N° 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015”, *Revista de Derecho Público*, N° 143-144, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 227-252.

³⁶ A modo de ejemplo, véase lo ocurrido con el Código Orgánico Tributario en el año 2014 según narra Weffe H., Carlos E. “La reforma penal tributaria de 2014. Garantismo vs. Autoritarismo”, *Revista de Derecho Público*, N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 345-354. Algunas consideraciones generales sobre las violaciones a la reserva legal como resultado de las leyes habilitantes pueden leerse en ese mismo número de la revista en Gallotti, Alejandro. “La reiterada inobservancia a los límites de la delegación legislativa”, pp. 88-98.

³⁷ Téngase como ejemplo lo ocurrido con la legislación de protección al consumidor que desde el año 2000 se ha regulado en ocho textos diferentes (a saber: la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 con reformas en los años 2009 y 2010, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos de 2011, el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos de enero y noviembre de 2014, y el decreto ley homónimo de 2015). Algunos comentarios al respecto pueden consultarse en Gabriel Sira Santana, “El procedimiento administrativo sancionatorio en materia de protección al consumidor”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 12, Universidad Monteávila, Caracas, 2017, pp. 111-154, en <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2018/10/El-procedimiento-administrativo-sancionatorio%E2%80%A6-consumidor-Gabriel-Sira-Santana.pdf>

³⁸ Véase en general Acedo Betancourt, Teresita. “¿Se puede hablar de seguridad jurídica en Venezuela a la luz de las constantes irregularidades al legislar ocurridas en los últimos 13 años?”, *Re-*

En tanto, hay dos supuestos donde sí consideramos la violación devendría del Servicio Autónomo Imprenta Nacional y Gaceta Oficial y su principal producto: la Gaceta Oficial de la República. A ello dedicaremos el siguiente aparte de esta colaboración.

III. ALGUNAS DE LAS IRREGULARIDADES EN LA CIRCULACIÓN DE LA GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA

De acuerdo con lo dicho hasta el momento, la Gaceta Oficial en sus cerca de ciento cincuenta años de historia –que se traducen en más de cuarenta mil números ordinarios y cinco mil extraordinarios– ha mantenido un objetivo común: asegurar la publicidad de las actuaciones del Poder Público a fin de que los particulares –y los órganos y entes del propio Estado– conozcan cuáles son los actos de este Poder que le resultan aplicables como imperativos de conducta y, en consecuencia, puedan ajustar su actuar a los mismos y evitar (o aplicar) las sanciones de ley. Lo anterior, pues como apuntan en el foro:

Una voluntad, para que pueda ser considerada y ser operante, requiere que se manifieste al exterior por un signo palpable, por un documento donde se pueda percibir mediante los sentidos y comprenderse. Por ello, la voluntad del legislador manifestada con la sanción impartida por él y promulgada por el Poder Ejecutivo es la orden de que se cumpla, pero destinada a la ciudadanía la misma no puede ser cumplida si no es públicamente conocida, y ello se logra mediante su publicación³⁹.

En otras palabras, la Gaceta Oficial será el mecanismo a través del cual se materializarán los principios de *lege promulgata* y *lege previa* que forman parte de la seguridad jurídica según se dijo más arriba, por lo que una deficiente gestión y administración de la misma –como ocurre en el país– podría derivar en que los particulares y el propio Poder Público desconozca cuál es la normativa vigente –ya que la misma no ha sido publicada en Gaceta Oficial, o esta última no ha circulado y sido colocada a disposición de los interesados– por una parte, y, por la otra, que en un futuro cercano, cuando la norma sea efectivamente publicada o circule, se pretenda su aplicación a hechos ocurridos en el pasado a pesar de que, para ese entonces, la ley, reglamento, resolución u otros actos –reiteramos– eran desconocidos, vulnerándose en consecuencia el principio de irretroactividad⁴⁰.

vista de la Facultad de Derecho, N° 67-70, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015, pp. 97-150.

³⁹ Ochoa, Oscar. *Personas. Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 46.

⁴⁰ El planteamiento puede entenderse mejor con el siguiente ejemplo: (i) en fecha 07-09-2020 el sujeto “A” –dueño de una cantina escolar y fiel lector de la Gaceta Oficial– vende al sujeto “B” –menor de edad– una bolsa de caramelos, ya que no existía alguna ley que le impidiera hacerlo; (ii) en fecha 08-09-2020 circula la Gaceta Oficial N° 123 con fecha del 02-09-2020 (es decir, de una semana antes de que se produjese la venta), donde se incluye una ley que sanciona con el cierre del establecimiento a aquellos comerciantes que vendan productos altos en azúcares a menores de edad como parte de una campaña del Estado en contra de la obesidad infantil. Esta ley indica en su disposición final única que entrará en vigencia “desde la fecha de su publicación en Gaceta Oficial”; (iii) en fecha 09-09-2020 se apersonan en el local del sujeto “A” dos funcionarios de la Superintendencia contra la Obesidad y le comunican al comerciante que iniciarán un procedimiento sancionatorio en su contra, ya que tuvieron conocimiento que “A” infringió el día 07-09-2020 la ley publicada en Gaceta Oficial el día 02-09-2020 y vigente desde entonces; (iv) el sujeto “A” alega que él desconocía esa ley y que cuando se produjo la venta la Gaceta Oficial no había circulado, por lo que su consulta era materialmente imposible y, en consecuencia, mal podía exigírsele el comportamiento por ella demandado; (v) los funcionarios, al tener como cierto el contenido y la fecha de la Gaceta Oficial con independencia de si ella circuló o no efectivamente el día que ella indica, continúan con el procedimiento y, al no haber dudas de la violación –que para el momento

Si bien esta situación podría catalogarse como un ejercicio meramente teórico o hipotético para demostrar la importancia de la seguridad jurídica y su vinculación con la Gaceta Oficial, cuatro hechos de nuestra historia reciente permitirán al lector comprobar cómo, hoy por hoy, el Servicio Autónomo Imprenta Nacional y Gaceta Oficial atenta diariamente contra el principio de seguridad jurídica y, con ello, una de las bases del Estado de Derecho consagrado en la CRBV.

1. *La costumbre administrativa de que la Gaceta Oficial circule al día siguiente de su fecha de publicación*

Como vimos, la Ley de Publicaciones Oficiales prevé en su artículo 12 que la gaceta “se publicará todos los días hábiles” y en ella “deberán insertarse (...) sin retardo los actos oficiales que hayan de publicarse”, sin aludir a cuándo debe distribuirse como sí ocurría en su decreto de creación de 1872 que precisaba que ello sería “los días de su salida”.

No obstante, si entendemos por publicar —como lo hace el Diccionario de la Lengua Española⁴¹— el “[h]acer notorio o patente, por televisión, radio, periódicos o por otros medios, algo que se quiere hacer llegar a noticia de todos”, “[h]acer patente y manifiesto al público algo” o “[d]ifundir por medio de la imprenta o de otro procedimiento cualquiera un escrito, una estampa, etc.”⁴², queda claro que la *publicación* de una Gaceta Oficial va más allá de *editar* un número y colocarle una fecha determinada, pues, para que se considere que ese número ha sido publicado, se requiere que el mismo se haga *notorio, patente y manifiesto al público*, lo que solo se logra a través de su difusión y circulación.

Así, cuando la Ley de Publicaciones Oficiales indica que la Gaceta Oficial debe publicarse todos los días hábiles, no dudamos que la *fecha de la gaceta* debe coincidir con el día en que se hizo *pública* (es decir, que circuló). De lo contrario, su contenido no sería conocido (o notorio, patente y manifiesto, en los términos del diccionario citado)⁴³.

A pesar de lo anterior, la práctica impuesta por la Gaceta Oficial durante años fue que la gaceta circulara al día siguiente de la fecha impresa en su texto, llevando a que en el foro se afirmase que “[c]omo la Gaceta Oficial recoge los actos publicados durante el día, ella circula al día siguiente. Así, por ejemplo, el viernes 14 de noviembre fue publicada la Gaceta Oficial del día 13. Es lo mismo que la prensa escrita: las noticias que reflejan son anteriores a la fecha de publicación”⁴⁴.

No compartimos este criterio ya que, si bien es cierto la gaceta refleja actos anteriores a su fecha de publicación, lo correcto sería —según el ejemplo planteado— que el 14 de noviembre se publicara la gaceta del 14 de noviembre (tal como ocurre con la prensa escrita), aunque

en que ocurrió, repetimos, no era una conducta que la población conociese como antijurídica—, proceden con el cierre del local con base en la ley publicada en la Gaceta indicada.

⁴¹ No en vano el artículo 4 del Código Civil reza: “[a] la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador”.

⁴² Primera, segunda y quinta acepción del término, consultado en <https://dle.rae.es/publicar>

⁴³ A modo de símil, puede pensarse en un acto administrativo que no ha sido notificado y, por ende, carece de eficacia o aptitud para producir efectos jurídicos, independientemente de la fecha que se le haya colocado a esa notificación cuando se preparó. Véase Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo. Parte General*, 2º reimp., Ediciones Paredes, Caracas, 2010, pp. 505-515.

⁴⁴ Hernández G., José Ignacio. *¿Qué pasa con los Decretos-Leyes dictados? (¿y por qué algunos no han sido publicados?)*, en <https://historico.prodavinci.com/blogs/que-pasa-con-los-decretos-leyes-dictados-y-por-que-algunos-no-han-sido-publicados-por-jose-ignacio-herandez>

los actos en ella contenidos sean del 13 o una fecha anterior. No es imperativo que la fecha del acto publicado coincida con la fecha de la gaceta que lo contiene, pero sí que la fecha de esta última coincida con su fecha de efectiva publicación.

En todo caso, este era el modo como la Gaceta Oficial circulaba, pudiendo comprobarse lo descrito en el usuario en Twitter de la Gaceta Oficial (@OficialGaceta)⁴⁵ cuando, por ejemplo, el 02-11-2017 invitaba a la “[d]escarga [de] la Gaceta Oficial 41.269 [del 01-11-2017] a través de nuestro servicio Gaceta del Día”⁴⁶.

Esta situación, por sí sola, ya constituiría una afrenta en contra del principio de seguridad jurídica pues habría un día de diferencia entre la fecha de publicación impresa –y desde cuando se tomaría a los actos insertos en la gaceta como eficaces– y la fecha de publicación efectiva, o cuando los particulares y el Estado tendrían posibilidad de conocer el contenido –y la propia existencia– del acto, a fin de ajustar su conducta al mismo.

Lamentablemente, con el paso del tiempo el desfase narrado se ha agravado considerablemente pasando de un día a dos⁴⁷, cuatro⁴⁸, cinco⁴⁹ y así sucesivamente, hasta que dicho Servicio Autónomo dejó en fecha 03-01-2019 de compartir en la red social comentada información sobre la circulación de las gacetas oficiales⁵⁰.

Lo expuesto empeora al verificarse que en el sitio web de la Imprenta Nacional (www.imprentanacional.gob.ve) el servicio de “descarga de la Gaceta del día” tampoco es actualizado con frecuencia y el “Sistema de publicación de Gacetas Oficiales desde el Año 2013 hasta la fecha”⁵¹ también presenta amplios baches –sobre todo en lo que respecta a los números extraordinarios, con el agregado que el contenido de estos últimos también dejó de ser

⁴⁵ Sobre el uso de redes sociales por la Administración véase Sira Santana, Gabriel. “Aproximación al uso de redes sociales por parte de la Administración Pública”, *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de FUNEDA*, Centro para la Integración y el Derecho Público y Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2019, pp. 241-262.

⁴⁶ En <https://twitter.com/OficialGaceta/status/926171266939277315>

⁴⁷ El viernes 10-11-2017 el Servicio Autónomo Imprenta Nacional y Gaceta Oficial invitaba a la descarga de la Gaceta Oficial N° 41.274 del miércoles 08-11-2017, según se constata en <https://twitter.com/OficialGaceta/status/928970828686987264>

⁴⁸ El lunes 05-02-2018 hizo lo propio con la Gaceta Oficial N° 41.333 del jueves 01-02-2018, según se constata en <https://twitter.com/OficialGaceta/status/960515793732685825>

⁴⁹ El lunes 26-11-2018 hizo lo propio con la Gaceta Oficial N° 41.529 del miércoles 21-11-2018, según se constata en <https://twitter.com/OficialGaceta/status/1067037745749602304>

⁵⁰ El último sumario se publicó el 01-04-2019 según se constata en <https://twitter.com/OficialGaceta/status/1112737683447648266> Desde entonces, la cuenta ha sido usada únicamente para difundir información de corte político.

⁵¹ Véase http://spgoin.imprentanacional.gob.ve/cgi-win/be_alex.cgi?nombrebd=spgoin Téngase presente que las gacetas oficiales anteriores al año 2013 solo pueden ser consultadas en el sitio web del Tribunal Supremo de Justicia hasta el año 2000 (<http://www.tsj.gob.ve/es/gaceta-oficial>), siendo que las gacetas del siglo XX no se encuentran disponibles en ningún sitio web del Estado venezolano, requiriéndose para su revisión acceder a portales del sector privado (la mayoría de ellos, bajo suscripción paga) que tampoco poseen un inventario completo de las gacetas oficiales. Al respecto resulta de interés precisar que prácticamente todas las gacetas de nuestra historia republicana se encontraban disponibles en el sitio web de la Procuraduría General de la República para su consulta y descarga gratuita. No obstante, por motivos desconocidos, todas ellas fueron dadas de baja a mediados del año 2012 y desde entonces la sección dice estar “en construcción” (<https://www.pgr.gob.ve/index.php/ediciones-digitales/gaceta>).

anunciado en las gacetas ordinarias por lo que ni siquiera se conoce el tipo y título de los actos que “fueron publicados”– siendo ahora no solo común que la gaceta circule semanas después de su fecha de publicación –cuando circula⁵²– sino que se dude de la propia veracidad e inmutabilidad de la información publicada este portal⁵³.

2. *El caso de los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley*

La primera ocasión en la que las violaciones a la seguridad jurídica derivadas del mal manejo de la Gaceta Oficial despertaron el interés del foro –al menos, con ahínco– fue gracias a Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan de 2013⁵⁴, producto de la cual quien ejercía la Presidencia de la República dictó 57 decretos con rango, valor y fuerza de ley⁵⁵.

En esa oportunidad, si bien se dio un hecho ya visto como fue que el grueso de los decretos leyes se publicaran en los últimos días de la habilitación, independientemente de que esta hubiese estado vigente por años⁵⁶, también ocurrió algo que para ese entonces era menos usual: las gacetas con número extraordinario contenidas de 45 los 57 decretos leyes tenían como fecha de publicación el 18 y 19 de noviembre de 2014 pero, en la práctica, tales gacetas no circularon sino hasta quince días después por lo que, como en su momento advertimos:

Teóricamente, por cerca de dos semanas en Venezuela estuvimos regidos por leyes cuyo texto nos era completamente desconocido –no por desinterés, sino porque no habían sido puesto a nuestro alcance– pero que se encontraba vigente por, supuestamente, haber sido publicado

⁵² Nótese que este retraso no es exclusivo de la circulación digital de la gaceta ya que, como reportan organizaciones no gubernamentales, “Acceso a la Justicia hizo una visita a la Imprenta Nacional para adquirir las gacetas que previamente había determinado como no publicadas en la página web. Ninguno de los ejemplares solicitados estaba disponible para la venta”. Véase Acceso a la Justicia (2019, 30 mayo), *Venezuela: en busca de las gacetas perdidas*, en <https://www.accesoalajusticia.org/venezuela-en-busca-de-las-gacetas-perdidas>

⁵³ A modo de ejemplo, véase la Gaceta Oficial N° 6.503 Extraordinario del 14-01-2020 cuyo nombre del archivo de descarga incluye la frase “nueva versión” sin que se haga constar en qué consistió el cambio. De mayor gravedad resulta el caso de la Gaceta Oficial N° 41.839 del viernes 13-03-2020 al existir dos versiones de la misma: una disponible en el sitio web de Microjuris –que dicha empresa afirma coincide con el texto impreso– que cuenta con tres decretos con fecha del 13-03-2020 en los que se designan a los presidentes de tres entes del Estado (decretos N° 4.160, 4.162 y 4.163), y otra disponible en los sitios web de Imprenta Nacional y el Tribunal Supremo de Justicia en donde estos decretos fueron suprimidos si bien se mantiene el mismo número de páginas gracias a la expansión –por no decir deformación– de otros actos a fin de que estos ocuparan más espacio. El motivo de esta variación –presumimos, ya que no hay información oficial al respecto– se debe a que ese mismo día fue declarado el primer estado de excepción con motivo de la COVID-19 mediante decreto N° 4.160 que sería publicado en la Gaceta Oficial N° 6.159 Extraordinario de la misma fecha (es decir, un decreto cuya numeración ya se había empleado para una designación), optándose por motivos que desconocemos por suprimirse las designaciones de la gaceta ya publicada para insertarlas en el número siguiente (41.840 del lunes 16-03-2020) con un cambio de numeración (la designación del decreto N° 4.160 pasó a estar en el N° 4.161) y fecha, en vez de simplemente proceder a su reimpresión para la corrección del error.

⁵⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 6.112 Extraordinario del 19-11-2013.

⁵⁵ Véase en general Silva Aranguren, Antonio y Sira, Gabriel, “Decretos-Leyes dictados por el Presidente de la República, con base en Ley Habilitante, en el período 2013-2014”, *Revista de Derecho Público*, N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 11-39.

⁵⁶ Véase como ejemplo Silva Aranguren, Antonio y Sira, Gabriel, “Decretos-Leyes dictados por el Presidente de la República, con base en Ley Habilitante, en el período 2010-2012”, *Revista de Derecho Público*, N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 23-50.

en el día en que se fechó la Gaceta Oficial. Dentro de estos decretos leyes se encuentran los relativos a la seguridad de la Nación, el Banco Central de Venezuela, aduanas, precios justos, Registros y Notariado, entre otros.

Pero esta problemática no es simplemente teórica. Prueba de ello es que –entre las fechas de publicación y circulación– diversos medios de comunicación informaron sobre la implementación de las novísimas normas. Ejemplo de lo anterior fue la juramentación del Cuerpo Nacional Contra la Corrupción que se llevó a cabo el 25-11-2014, en aplicación del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Cuerpo Nacional Contra la Corrupción publicado en la Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario del 19-11-2014, pero cuya circulación efectiva no ocurrió sino el 04-12-2014 (es decir, una semana después de celebrado dicho acto). Vale acotar que el decreto con las designaciones respectivas fue publicado en la Gaceta Oficial N° 40.559 del 10-12-2014⁵⁷.

Al respecto, no fueron pocos los reparos del foro ante esta realidad indicándose, entre otros, que “[e]se modo de obrar –no hay duda– es censurable, porque no puede ser conciliado con los principios constitucionales de seguridad jurídica y transparencia”⁵⁸ y “es menester recordar que el hecho de tratarse de Decretos con rango, fuerza y valor de Ley; en modo alguno los excluye del deber de promulgación oportuna mediante la publicación en la *Gaceta Oficial*, de conformidad con lo establecido en el artículo 215 de la constitución”, para lo cual no bastaría el ser “anunciados” en los sumarios de las gacetas ordinarias pues ello “supuso una extensión de hecho del plazo de su habilitación, situación ésta que añade un nuevo elemento de fraudulencia en el tratamiento de los límites temporales a la habilitación legislativa del Presidente”⁵⁹.

De hecho, Pellegrino Pacera dedicó un artículo *in extenso* a la materia donde destacó que la “situación (...) generó incertidumbre en el país en cuanto a su vigencia o no [de los decretos leyes], y por ende, a su cumplimiento o no por las personas, como para los órganos del Poder Público”, en el entendido que “la publicidad o comunicación de los actos jurídicos, formalidad posterior a su emisión, determina su vigencia y de allí su eficacia, es decir, que es una exigencia para que el acto sea capaz de producir sus efectos en el mundo jurídico”⁶⁰.

3. El caso de la legislación presupuestaria

Un segundo caso de estudio sobre las violaciones a la seguridad jurídica derivadas de la mala gestión de la Gaceta Oficial lo podemos encontrar al revisar –o mejor dicho, intentar revisar– la legislación presupuestaria.

⁵⁷ Antonio Silva Aranguren, Antonio y Sira, Gabriel, “Decretos-Leyes dictados por el Presidente de la República, con base en Ley Habilitante, en el período 2013-2014”, ob. *cit.*, p. 13.

⁵⁸ Muci Borjas, José Antonio. “Las leyes habilitantes y los decretos-leyes dictados con base en aquellas”, *Revista de Derecho Público*, N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 77.

⁵⁹ Raffalli, Juan Manuel. “El fraude a los límites temporales de la habilitación legislativa”, *Revista de Derecho Público*, N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 86.

⁶⁰ Pellegrino Pacera, Cosimina G. “La publicación y eficacia de los decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente de la República en el marco de la Ley Habilitante de 2013”, *Revista de Derecho Público*, N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 109. La autora cita a Peña Solís al advertir que este requisito de publicación formal –que mal podría considerarse un formalismo inútil– descarta la posibilidad de que se satisfaga por la simple publicación material, “tal como el pregón, la publicación en la prensa, la lectura por estaciones de radio, estaciones de televisión, etc., porque crea un clima de inseguridad jurídica, puesto que pueden suscitarse discusiones razonables, debido a las características de estos medios, sobre la existencia misma de la ley y sobre su contenido”.

Sin pretender ahondar en el tema más allá de lo necesario, la CRBV exige en el primer aparte del artículo 311 y 312 que “[e]l 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” y “[l]a ley especial de endeudamiento anual será presentada a la Asamblea Nacional conjuntamente con la Ley de Presupuesto”, respectivamente, mientras el encabezado del artículo 313 *ejusdem* agrega que “[l]a administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley”.

Es decir, que anualmente habrían de aprobarse –y publicarse en gaceta oficial– dos leyes en materia presupuestaria (la ley de presupuesto anual y la ley especial de endeudamiento del año inmediatamente siguiente), mientras que por otro lado se tendría la ley marco plurianual del presupuesto, que también habría de publicarse en Gaceta Oficial cada tres años⁶¹. El asunto no es menor si recordamos que, conforme con el artículo 314 de la Constitución, “[n]o se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la ley de presupuesto”.

En este sentido, abstrayéndonos de cómo se ha manejado el presupuesto del país desde el año 2016 como consecuencia del cambio de fuerzas políticas en la Asamblea Nacional⁶², que ha llevado a que ningún acto del parlamento sea publicado, si el lector intenta hacerse con una gaceta que contenga algunas de las leyes comentadas que rigió en el periodo 2001-2013 (en el sitio web del Tribunal Supremo de Justicia, según dijimos) o 2014-2016 (en el sitio web de la Imprenta Nacional), se encontrará con la sorpresa que la gran mayoría de estas gacetas, simplemente, no aparecen.

Esta situación derivada del hecho que las leyes presupuestarias históricamente se han incluido en números extraordinarios *anunciados* en el sumario de las gacetas ordinarias, pero solo algunas de las leyes de endeudamiento han circulado⁶³, mientras el resto permanecen en la oscuridad como si se tratase de actos de contenido clasificado⁶⁴.

Sin lugar a dudas, los hecho aquí narrados atentan no solo contra la seguridad jurídica, sino también principios propios del ámbito presupuestario –como podrían ser la transparencia y la eficiencia– ya que, si el presupuesto “es, constitucionalmente, elemento esencial para la realización del gasto público y, a su vez, sólo a través de éste pueden efectuarse las inversiones necesarias para lograr objetivos de desarrollo económico-social”⁶⁵, al desconocerse esta

⁶¹ Véase en general el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, publicado en Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario del 30-12-2015.

⁶² Véase en general Santana, Gabriel Sira. “La Asamblea Nacional según el Tribunal Supremo de Justicia, luego de las elecciones parlamentarias del año 2015”, *Revista de Derecho Público*, N° 145-146, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 267-284.

⁶³ Véase la Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero 2015 y 2016 en la Gaceta Oficial N° 6.160 del 10-12-2014 y N° 6.203 Extraordinario del 01-12-2015, respectivamente.

⁶⁴ Es el caso por ejemplo de la Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero 2014 y la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2014, 2015 y 2016, “publicadas” en la Gaceta Oficial N° 6.113 Extraordinario del 10-12-2013, N° 6.114 Extraordinario de la misma fecha, N° 6.161 Extraordinario del 10-12-2014 y N° 6.204 Extraordinario del 01-12-2015, respectivamente.

⁶⁵ Garrido Rovira, Juan. “Relaciones entre la planificación del desarrollo económico-social y el presupuesto del Poder Nacional”, *Revista de Derecho Público*, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, p. 19.

planificación se dificulta –por no decir imposibilita⁶⁶– que la población tenga conocimiento de cuál se estima será el ingreso y el gasto público y si, en definitiva, los recursos del Estado son usados de forma correcta, quedando un tema tan importante “a la libre discrecionalidad del Ejecutivo que, precisamente por tal subordinación, es muy probable que se vuelque en un libertinaje a discreción”⁶⁷.

4. *El caso de los estados de excepción por emergencia económica*

Como hemos tenido oportunidad de desarrollar en otras ocasiones⁶⁸, desde el año 2016 se instauró en Venezuela un régimen de excepción inconstitucional y prorrogado *ad infinitum* para “enfrentar la guerra económica” que aqueja al país, habiéndose ya aplicado una versión similar de esta medida en la frontera colombo-venezolana en el segundo semestre del año 2015.

A los efectos de esta colaboración nos interesa destacar es que, entre las múltiples violaciones al Estado de Derecho que han derivado de estos estados de excepción por emergencia económica, la vulneración del principio de seguridad jurídica por parte del Servicio Autónomo Imprenta Nacional y Gaceta Oficial ha sido una de las más palpables.

Así, desde el decreto que fungió como el primer eslabón para la cadena de estados de excepción que se han visto en el país desde 2015 hallamos que la *fecha de publicación* de la Gaceta Oficial no coincidió con su *fecha de circulación*: el Decreto N° 1.950, mediante el cual se declara el estado de excepción de los Municipios Bolívar, Pedro María Ureña, Junín, Capacho Nuevo, Capacho Viejo y Rafael Urdaneta del estado Táchira se insertó en la Gaceta Oficial N° 6.194 Extraordinario del viernes 21-08-2015 y su circulación no ocurrió hasta el lunes 24 del mismo mes.

En *defensa* de la Imprenta Nacional podría sostenerse que esta medida fue anunciada por quien ejercía la Presidencia de la República en horas de la noche de ese viernes y, por consiguiente, la gaceta circuló el día hábil siguiente. No obstante, dada la gravedad de su contenido (declaratoria de un estado de excepción y restricción de garantías) y el hecho de ser un número extraordinario, nada impedía que la gaceta circulase ese mismo viernes o desde el día sábado, fuese de forma física o digital, en vez de mantenerse a la población en vilo a la espera de un decreto cuyo contenido únicamente conocían por la lectura que había hecho el para entonces gobernador del estado Aragua⁶⁹.

Esta discrepancia entre la fecha impresa en la gaceta y su efectiva circulación se repitió en menor o mayor medida en las otras siete emergencias económicas declaradas en la frontera colombo-venezolana (específicamente, en algunos de los municipios de los estados Ama-

⁶⁶ Véanse algunas consideraciones sobre ello en la sección dedicada al monitoreo de las finanzas públicas en el país en el sitio web de Transparencia Venezuela (<https://transparencia.org.ve/project/home-finanzas>).

⁶⁷ Henríquez Maionica, Giancarlo. “Introducción al sistema presupuestario en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y en su Reglamento N° 1”, *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 444.

⁶⁸ Véase Sira Santana, Gabriel. *El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*, ob. cit. y “La restricción de garantías y el estado de excepción en la frontera colombo-venezolana”, *Revista de Derecho Público*, N° 143-144, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 51-77.

⁶⁹ Alba Ciudad (2015, 22 de agosto), *El Aissami dio a conocer las garantías que serán restringidas por el estado de excepción*, en <https://albaciudad.org/2015/08/el-aisami-dio-a-conocer-las-garantias-que-seran-restringidas-por-el-estado-de-excepcion>

zonas, Apure, Táchira y Zulia) en el año 2015 y las dieciséis declaradas a nivel nacional desde el año 2016, todas ellas con sus respectivas prórrogas, siendo el ejemplo más representativo de la violación a la seguridad jurídica la prórroga del estado de excepción del municipio Atures del estado Amazonas, respecto a la cual sostuvimos en su oportunidad que:

...la prórroga del municipio Atures del estado Amazonas (...) se dictó y “publicó” luego de transcurridos dos días de tal vencimiento (a saber, el 23-12-2015, cuando los sesenta días del decreto se cumplieron el 21 del mismo mes), por lo que el decreto había cesado en sus efectos y, en consecuencia, no podía ser prorrogado.

Adicionalmente, colocamos el énfasis en la adopción y publicación de este último decreto dado que, aun cuando la gaceta en la que fue publicado tiene por fecha el 23-12-2015, todo parece indicar que se trata de un acto *posdatado* ya que la gaceta oficial contentiva del decreto –la N° 6.206 Extraordinario del 23-12-2015– no circuló sino hasta el 29-12-2016, sin que en el sumario de la gaceta oficial ordinaria de ese día se hubiese anunciado siquiera su existencia.

Asimismo, y a diferencia de las prórrogas anteriores en las que la SC/TSJ –al ejercer el control jurídico– se había dado cuenta del decreto en la misma oportunidad de su publicación, en esta ocasión no fue sino hasta que el Presidente de la República remitió el decreto “[m]ediante oficio s/n° recibido por esta Sala en fecha 30 de diciembre de 2015” –curiosamente, el mismo día que circuló la gaceta oficial fechada como del 23 del mismo mes– en que ella pasó a conocer de la constitucionalidad de esta prórroga⁷⁰.

Es decir, que durante prácticamente una semana el municipio Atures del estado Amazonas se encontró bajo una declaratoria de excepción –con la consiguiente restricciones a las garantías de la inviolabilidad del hogar y los recintos privados, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, el libre tránsito, el derecho de reunión, el derecho de manifestación y las libertades económicas, en los términos del decreto– sin que sus habitantes tuviesen conocimiento cierto de ello.

Cinco años después, lo planteado se repitió a nivel nacional con la 15° emergencia económica cuya existencia solo se conoció por una ficha cargada en el sitio web del Tribunal Supremo de Justicia conforme con la cual la Sala Constitucional declaró por fallo N° 132 del 11-09-2020 que era “COMPETENTE para revisar la constitucionalidad del Decreto N° 4.275 del 30 de agosto de 2020, publicado en la Gaceta Oficial (...) N° 6.568 Extraordinario, de la misma fecha, mediante la cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio nacional”⁷¹, no siendo sino hasta semanas después que la gaceta circuló de forma efectiva.

IV. LA PÉRDIDA TOTAL DE LA CONTINUIDAD DE LA GACETA OFICIAL “COMO CONSECUENCIA” DE LA PANDEMIA COVID-19

Como apreciará el lector de los casos de estudio que hemos traído a colación, y que no son los únicos en la materia⁷², las irregularidades en el manejo de la Gaceta Oficial por

⁷⁰ Sira Santana, Gabriel. El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999, *ob. cit.*, pp. 200-201.

⁷¹ Consúltese en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>

⁷² Agréguese por ejemplo que cuando ocurrió el “gran apagón nacional” en marzo del año pasado, producto del mal estado del servicio eléctrico y que trajo consigo la implementación de horarios laborales especiales para el sector público y privado así como la declaratoria de días no laborales (véanse los decretos N° 3.818 y N° 3.822 en Gaceta Oficial N° 41.614 del 10-04-2019 y N° 6.448 Extraordinario del 13-04-2019, respectivamente), la circulación de la gaceta oficial también se vio interrumpida. Nótese que no se niega que un suceso de esta naturaleza pueda interrumpir la publicación de la gaceta. Lo que se rechaza, más bien, es que en dicho texto se obvie esta circunstancia

parte de la Imprenta Nacional son anteriores a la declaratoria del COVID-19 como pandemia y la posterior declaratoria del estado de alarma en el país en marzo de 2020⁷³.

Sin embargo, luego de este estado de alarma –que como la emergencia económica, se ha extendido más allá de los límites constitucionales⁷⁴– la periodicidad de la Gaceta Oficial ha dado al traste y, hoy por hoy, encontramos no solo gacetas extraordinarias cuyo contenido se desconoce (a saber, los N° 6.516, 6.529, 6.536, 6.544, 6.566, 6.572, 6.588, 6.589, 6.591, 6.603, 6.604, 6.607, 6.609 y 6.610 del año 2020), sino también gacetas ordinarias, como a la fecha de cierre de esta colaboración serían las N° 41.916, 41.939, 42.002 y 42.010 del año 2020⁷⁵.

Es decir, cuatro gacetas ordinarias y catorce extraordinarias cuyo contenido –salvo que prevea una *vacatio legis*, que no es usual en el derecho venezolano– se encontraría *vigente* y habría de ser ejecutado por el Poder Público y respetado por los particulares... Difícil, cuando no se sabe qué dicen estos actos, quién los dicta, en ejercicio de qué competencias, bajo qué circunstancias de hecho y a quién van dirigidos.

Este número de gacetas aumenta y disminuye de forma irregular siendo común que un mismo día circulen varias gacetas oficiales (achicándose la brecha) o que pasen días y hasta semanas sin ninguna publicación (agrandándose la misma). En todo caso, lo que nunca ha ocurrido es que esa brecha se elimine por completo y los particulares tengan acceso a todas y cada una de las gacetas donde se han publicado actos del Poder Público, como lo exige la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

Ya para finalizar, autores del foro nacional han destacado que en el Poder Público ha calado una visión de usar e invocar las instituciones jurídicas de acuerdo con su utilidad política y la voluntad del mandatario de turno, y no como la “sujeción estricta a la ley, como en un Estado de derecho”⁷⁶. No nos queda duda que el desprecio por la seguridad jurídica y la importancia de la certeza que debe ofrecer la publicación de la Gaceta Oficial, utilizándose esta última a conveniencia y publicándose en ella –o dejándose de publicar– lo que quienes detentan el Poder creen conveniente para sus fines, que lejos ya quedaron de los fines del Estado, bien constituye un ejemplo de esta visión frente a la cual corresponde a los particulares y a las instituciones democráticas monitorear y dejar constancia de la realidad, en pro de la defensa y eventual restitución del Estado de Derecho.

y luego pretendan pasarse actos como publicados –y por ende conocidos, vigentes, eficaces y exigibles– cuando claramente ello no fue el caso.

⁷³ Véase Sira Santana, Gabriel. “Venezuela y el estado de alarma por el COVID-19”, *ob. cit.*

⁷⁴ Como se recordará, de acuerdo con el encabezado del artículo 338 de la CRBV “[p]odrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos o ciudadanas. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable por treinta días más”, mientras que el primer aparte del mismo indica que “[p]odrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de sesenta días prorrogables por un plazo igual”.

⁷⁵ El listado responde a las gacetas disponibles en los sitios web por suscripción Microjuris y LexComp, el sitio web gratuito Pandectas Digital y el sitio web de Imprenta Nacional. Nótese que los servicios por suscripción mencionados ofrecen un mayor número de gacetas que la propia imprenta.

⁷⁶ Véase Delgado, Francisco. *Chavismo y Derecho*, Editorial Galipán, Caracas, 2017, p. 68.

ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA ILEGITIMIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS PRETENDIDAS ELECCIONES PARLAMENTARIAS DE DICIEMBRE 2020

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *Este estudio analiza la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias realizadas en diciembre de 2020, por haber sido convocadas por un Consejo Nacional Electoral inconstitucionalmente nombrado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien le delegó inconstitucionalmente a dicho Consejo la potestad de legislar para reformar la Ley de los Procesos Electorales, y además secuestró a los principales partidos, sustituyendo las autoridades.*

Palabras Clave: *Elecciones. Partidos políticos. Ley electoral.*

Abstract: *This study analyzes the illegitimacy and unconstitutionality of the parliamentary elections held in December 2020, as they were convened by a National Electoral Council unconstitutionally appointed by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, which unconstitutionally delegated to said Council the power to legislate to reform the Law of Electoral Processes and decided to replace the authorities of the main opposition parties.*

Key words: *Elections. Political Parties. Electoral Law.*

Como lo explicamos en el libro recién publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, sobre *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, el cual no solo recoge los trabajos de Román J. Duque Corredor, Rafael Badell Madrid, José Ignacio Hernández y de mi persona, sino el conjunto de Comunicados de la Academia sobre el tema,¹ la actuación inconstitucionalmente orquestada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que condujo a la reforma inconstitucional de la legislación electoral, el nombramiento inconstitucional de un Consejo Nacional Electoral y la convocatoria igualmente inconstitucional de unas elecciones parlamentarias para diciembre de 2020; como era de esperarse, ha provocado una importante reacción institucional tanto a nivel interno como a nivel internacional, no sólo denunciando el zarpazo lanzado contra la Constitución y contra el principio democrático, sino mediante el anuncio anticipado de que el resultado de las mismas *será desconocido*, pues el mismo, sea cual fuere, no responderá a principio democrático alguno ni a los principios y estándares internacionales para que puedan realizarse elecciones libres, justas y confiables.

¹ Véase en el libro de Brewer-Carías, Allan R. Duque Corredor, Román J. Badell Madrid, Rafael Hernández, José Ignacio. *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 124, pp. 147-148.

Estos principios, a los efectos de poder convocar “un proceso electoral presidencial libre, justo, verificable y transparente,” como lo expresó con precisión la Asamblea Nacional en el “*Acuerdo que ratifica la ruta política integral planteada al país, que permita elecciones presidenciales libres y transparentes como salida a la crisis generalizada y que produzca la reinstitucionalización democrática en Venezuela,*” de fecha 30 de junio de 2020 al “desconocer la ilegal designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral por parte de quienes usurpan el Tribunal Supremo de Justicia” (segundo), tienen que reunir las siguientes “condiciones necesarias:”

“Restablecimiento del derecho al sufragio para todos los venezolanos, dentro y fuera del país, por lo que es necesario contar con un Registro Electoral confiable y auditado.

Garantizar que el voto sea ejercido libremente, sin coacción o intimidación. Prohibición de migración de electores de sus centros electorales naturales.

Cese de las inhabilitaciones, enjuiciamiento y prisión de los dirigentes políticos y restablecimiento pleno de sus derechos a la participación política.

Participación plena de todos los partidos políticos; restablecimiento de su dirigencia natural y el uso de sus símbolos, colores y bienes.

Nuevo Poder Electoral legítimo, designado por la Asamblea Nacional, en ejercicio de sus competencias constitucionales, y de esta forma contar con un cronograma electoral que garantice el derecho al voto y a los lapsos correspondientes, una campaña electoral equitativa y el adecuado comportamiento del Plan República, respetando el proceso electoral y prohibiendo cualquier intervención ajena a la protección del acto electoral.

Auditoría de todos los procesos del sistema electoral, así como observación electoral nacional e internacional calificada en todas las etapas del proceso.”

Los partidos políticos democráticos venezolanos, además, el 2 de agosto de 2020, emitieron una Declaración con el título: “*Unidos debatimos y unidos decidimos: NO participaremos en el fraude, SI lucharemos por verdaderas elecciones libres,*” firmado por 27 organizaciones políticas democráticas en el cual manifestando “de manera unánime” su decisión de “*no participar en el fraude electoral*” convocado por el régimen de Maduro, considerando que lo convocado “*no es una elección,*” rechazaron en consecuencia el “nuevo intento de la dictadura para disfrazar de elección a un proceso que no lo es, tal como lo hizo en el año 2018 al secuestrarnos la elección presidencial que correspondía celebrar conforma a nuestro orden constitucional.”²

En dicha Declaración, por lo demás, establecieron que las “condiciones para lograr elecciones libres, justas y competitivas,” deben cumplir con los estándares mínimos aceptados por todos los países democráticos del mundo y son:

² Véase el texto en “Por unanimidad: los partidos políticos de la Unidad deciden no participar en el fraude y convocan a un pacto nacional para la salvación de Venezuela,” Asamblea nacional, Centro de Comunicación Nacional, Caracas 2 de agosto de 2020, disponible en: <https://presidencia-ve.com/presidencia/por-unanimidad-los-partidos-politicos-de-la-unidad-deciden-no-participar-en-el-fraude-y-convocan-a-un-pacto-nacional-para-la-salvacion-de-venezuela/>. Véase además la información en Alonso Moleiro, “La oposición a Maduro oficializa su decisión de no participar en las elecciones legislativas. Los partidos que apoyan a Guaidó defienden la celebración de una votación con garantías en Venezuela, El País, 2 de agosto de 2020, disponible en: <https://elpais.com/inter-nacional/2020-08-02/la-oposicion-a-maduro-oficializa-su-decision-de-no-participar-en-las-elecciones-legislativas.html>; y en “La oposición de Venezuela no participará en las próximas elecciones legislativas,” en público.com, 2 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.publico.es/internacional/oposicion-venezuela-no-participara-proximas-elecciones-legislativas.html>

- “1) Restablecimiento del derecho al sufragio para todos los venezolanos, incluyendo a los que han tenido que emigrar (Registro Electoral confiable y auditado).
- 2) Garantizar que el voto sea ejercido libremente, sin coacción o intimidación. Prohibición de migración de electores de sus centros electorales naturales.
- 3) Cese de las inhabilitaciones y enjuiciamiento de los dirigentes políticos y restablecimiento pleno de sus derechos a la participación política.
- 4) Participación plena de todos los partidos políticos; restablecimiento de sus legítimas autoridades cesadas por la írrita intervención, así como el uso de sus símbolos y colores partidistas.
- 5) CNE independiente, nombrado por la Asamblea Nacional, conforme a lo señalado por la Constitución Nacional y la Ley. Designación de todos los órganos subordinados de manera independiente, así como las Juntas Electorales y miembros mesa. Respeto al trabajo de los testigos electorales y demás funcionarios en todos los procesos.
- 6) Cronograma electoral que garantice el derecho al voto y a los lapsos para cada una de las actividades del proceso desde su convocatoria.
- 7) Campaña electoral equitativa, con igual acceso a los medios de comunicación públicos y privados; prohibición de cadenas. Acceso equitativo a los espacios públicos y garantía de libre tránsito por todo el territorio nacional.
- 8) Adecuado comportamiento del Plan República respetando que el proceso electoral es esencialmente un acto civil. Prohibición de indebidas intervenciones en el proceso.
- 9) Auditorias de todos los procesos del sistema electoral, incluyendo las nuevas máquinas de votación y el sistema para el proceso automatizado.
- 10) Observación Electoral nacional e internacional calificada en todas las etapas del proceso y en las diversas fases del ciclo electoral. Acompañamiento electoral calificado en cada proceso electoral.”³

Dichas condiciones necesarias, vistas desde la comunidad internacional, como por ejemplo las resumió el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Michael R. Pompeo, en su Declaración sobre “Elecciones presidenciales y parlamentarias libres y justas en Venezuela,” emitida el 9 de enero de 2020, serían que:

“el proceso electoral esté conducido por un nuevo Consejo Nacional Electoral equilibrado e independiente, seleccionado por la Asamblea Nacional, según el mandato constitucional,” que “las elecciones, estén abiertas a todos los partidos y candidatos,” eliminándose “todas las restricciones impuestas a individuos y partidos políticos para permitir su libre participación en las elecciones,” y liberándose a todos los detenidos arbitrariamente, incluidos los presos políticos;” que “el acceso ilimitado a medios / telecomunicaciones / internet y fuentes de noticias independientes, esté disponible para todos los candidatos, partidos y el electorado con tiempo de transmisión equitativo;” que se asegure “el ejercicio de los derechos de reunión pacífica y la libertad de expresión sin represión, represalia o interrupciones del servicio por motivos políticos;” y además, que el proceso se realice bajo una “observación electoral independiente, libre de restricciones indebidas, compuesta por expertos nacionales e internacionales.”⁴

Por ello, no es de extrañar que el mismo Secretario de Estado de los Estados Unidos, el 15 de junio de 2020, también denunciara que “el 12 de junio, el Tribunal Supremo, controla-

³ *Idem.*

⁴ Véase la Declaración sobre “*Free and Fair Presidential and Parliamentary Elections in Venezuela*,” *Press Statement*, Michael R. Pompeo, January 9, 2020. Disponible en: <https://www.state.gov/free-and-fair-presidential-and-parliamentary-elections-in-venezuela>

do por el régimen de Maduro, haya continuado manipulando la Constitución venezolana nombrando ilegalmente un nuevo Consejo Nacional Electoral alineado con el régimen,” que “sellará sus decisiones e ignorará las condiciones requeridas para las elecciones libres,” entre las cuales, identificó, de nuevo, la necesidad de “levantar tanto las prohibiciones decretadas que afectan a partidos políticos y candidatos,” como “los procedimientos judiciales motivados políticamente contra políticos de la oposición;” y la necesidad de “liberar a todos los presos políticos; de respetar la libertad de expresión, de prensa y de asociación; y la resolver de manera transparente todos los desafíos técnicos para elecciones libres y justas, incluyendo el registro de votantes y la adquisición y manejo de máquinas de votación.”⁵

Ninguna de esas condiciones para que puedan haber elecciones democráticas libres y transparentes está actualmente asegurada en Venezuela, como no estaban aseguradas en mayo de 2018, cuando la Asamblea Nacional desconoció y declaró inexistente la “farsa” electoral de la “reelección” de Nicolás Maduro;⁶ todo lo cual, además, quedó confirmado con lo expresado por el Ministro de la Defensa del régimen de Nicolás Maduro en Venezuela, cuando el 5 de julio de 2010, durante la celebración del aniversario de la Independencia en Venezuela, declaró y advirtió pura y simplemente a “los opositores,” que nunca más “podrán ejercer el poder político.”⁷

En todo ese marco, por tanto, no es tampoco de extrañar que incluso antes de esa “confirmación-confesión” del Ministro de la Defensa, ya haya habido manifestaciones específicas de que no se puede reconocer nada de lo que resulte del “Circo Electoral” montado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

⁵ Véase la Declaración sobre “The United States Condemns Maduro’s Latest Step to Rig the Next Venezuelan Election,” Press Statement, Michael R. Pompeo, June 15, 2020. Disponible en: <https://www.state.gov/the-united-states-condemns-maduros-latest-step-to-rig-the-next-venezuelan-election/>

⁶ Véase el texto del Acuerdo de 22 de mayo de 2019 en http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-su-puesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica. Igualmente en la reseña “Asamblea Nacional desconoce resultados del 20M y declara a Maduro “usurpador,” en *NTN24*, 22 de mayo de 2018, en <http://www.ntn24.com/america-latina/la-tarde/venezuela/asamblea-nacional-desconoce-resultados-del-20m-y-declara-nicolas>.

⁷ Véase el texto en *El País*, 6 de julio de 2020, disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-07-06/el-ministro-de-defensa-de-maduro-advierte-a-los-opositores-de-que-nunca-podran-ejercer-el-poder-politico.html>. Ello motivó, entre otras reacciones, la declaración de los expresidentes latinoamericanos que conforman la *Iniciativa Democrática España y las Américas*, de fecha 8 de julio de 2020, titulada “*Declaración sobre la intervención dictatorial de la Fuerza Armada en los asuntos electorales de Venezuela*,” en la cual: “a) Expresan su alarma ante la muy grave manifestación del Alto Mando de la Fuerza Armada de Venezuela del pasado 5 de julio, por voz de su ministro de la Defensa, General Vladimir Padrino López, afirmando que los opositores “no serán poder político en Venezuela jamás en la vida, mientras exista una fuerza armada como la que hoy tenemos, antiimperialista, revolucionaria y bolivariana... nunca podrán ejercer el poder político en Venezuela, es bueno que lo entiendan.” b) Urgen al Secretario General y al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, por ende, proceder según los términos de la Carta Democrática Interamericana y rechazar expresamente la antidemocrática manifestación de un cuerpo armado que ha de subordinarse a la autoridad del poder civil legítimamente constituido y tiene a su cargo la dirección del Plan República durante toda elección popular; y a las autoridades de la Unión Europea, a que condenen categóricamente la ficción electoral que se intenta llevar a cabo a fin de dejar sin sustento al último reducto de la experiencia democrática venezolana, su actual Asamblea Nacional, presidida por el diputado Juan Guaidó Márquez.” 8 de julio de 2020. Disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/5526d0eee4b040480263ea62/t/5f06155cf1d20d407d25ef02/1594234204454/IDEA+2020+FFAA+VENEZUELA.pdf>

Así, la propia Asamblea Nacional fue la primera en reaccionar, al expresar, por boca de su Presidente, que:

“Nuestra posición es muy clara (...) *Desconocemos* cualquier falso CNE nombrado por un brazo judicial de la dictadura que no tiene competencia para tal fin. [...] “No *reconoceremos* ninguna imposición ni nada que emane de ese falso CNE.”⁸

Por su parte, por ejemplo, el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en su sesión del 26 de junio de 2020 en la resolución CP/RES. 1156 (2291/20), resolvió “*desconocer la ilegal designación* de los miembros del Consejo Nacional Electoral por parte del Tribunal Supremo de Justicia;” reconociendo en cambio a la Asamblea Nacional como “la única institución democráticamente electa.”

El Consejo Permanente, además, condenó “el continuo acoso ejercido por el régimen *ilegítimo* de Nicolás Maduro contra las funciones que las leyes venezolanas le otorgan a la Asamblea Nacional;” rechazando también “en los más enérgicos términos” y decidiendo *desconocer*, “la *ilegal designación* de las directivas de los partidos políticos Primero Justicia y Acción democrática.”⁹

En el mismo sentido, como ya fue señalado anteriormente, el *Grupo de Lima*, con fecha 18 de junio de 2020 expresó que “*rechazan y desconocen la ilegal designación* de los miembros del Consejo Nacional Electoral de Venezuela mediante una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia.”¹⁰

De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, “desconocer” no es otra cosa que “no conocer o no reconocer algo o a alguien,” y eso es lo que precisamente se anuncia de entrada, que no se reconocerá nada de lo resuelto por la Sala Constitucional como parte de su “Circo,” y específicamente que no se reconocerán las supuestas designaciones de los miembros del Consejo Nacional Electoral ni de las juntas directivas de los partidos políticos secuestrados, ni las decisiones que esas personas en tal carácter puedan adoptar.

Hay que recordar, que eso fue precisamente lo que ocurrió con respecto de la inconstitucional elección de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente en 2017, con la supuesta convocatoria que entonces hizo para una elección presidencial inconstitucional que se realizó en mayo de 2018, y con dicha elección en la cual supuestamente Nicolás Maduro habría sido “reelecto;” cuyo desconocimiento en el ámbito nacional e internacional fue precisamente lo que desembocó en el proceso de transición hacia la democracia decretado y conducido por la Asamblea Nacional y por su Presidente, Juan Guaidó, a partir de enero de 2019,¹¹ siendo ésta

⁸ Véase: Voz de América, 14 de junio de 2020, disponible en: <https://www.voanoticias.com/venezuela/parlamento-venezolano-no-reconoce-nuevo-consejo-electoral>. Véase además en Guillermo D Olmo, “Crisis política en Venezuela: las 4 decisiones del Tribunal Supremo que golpean a la oposición (y qué significan para la democracia en el país),” en BBC News Mundo, Caracas 17 junio 2020, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53085142>

⁹ Véase http://scm.oas.org/doc_public/spanish/hist_20/cp42611s03.docx

¹⁰ Véase en *El País*, 18 de junio de 2020, disponible en: <http://www.elpais.cr/2020/06/16/grupo-de-lima-desconoce-designacion-de-consejo-electoral-venezolano/>

¹¹ Véase en general Brewer-Carías, Allan R. *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores*, (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar y Epílogo de Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019.

la única institución cuya legitimidad democrática ha sido considerada tanto nacional como internacionalmente.¹²

Por todo lo anteriormente expuesto, es obvio que el desconocimiento generalizado, expresado de antemano, de lo que resulte del “circo electoral” inconstitucionalmente montado para realizar una supuesta “elección parlamentaria” el 6 de diciembre de 2020,¹³ no puede conducir a otra cosa que no sea a la consideración de la misma –si se realizara en las actuales condiciones (septiembre 2020)– como ilegítima e inexistente. Por ello, el “Gobierno Interino” mediante Comunicado de fecha 1º de septiembre de 2020, hizo un “llamado público [...] a no convalidar el fraude electoral de la dictadura” expresando que “la lucha es por la libertad y verdaderas elecciones justas, libres y verificables” [...], y reafirmando “la decisión de no participar en el fraude y luchar por las condiciones electorales necesarias que fueron aprobadas por la Asamblea Nacional.”¹⁴

Por ello, por ejemplo, el 1 de septiembre de 2020, el Gobierno de España insistió en que “la *única vía* para resolver la crisis en el país es la celebración de unas *elecciones democráticas*;¹⁵ el Canciller de Chile expresó ante los anuncios de “liberación de presos políticos en Venezuela [que] debe ser acompañada de otras medidas orientadas a *dotar de legitimidad al proceso electoral*. Hay que *asegurar voto libre, órgano electoral independiente y observación internacional*;¹⁶ todo lo cual el Secretario de Estado de Estados Unidos M. Pompeo ratificó el 3 de septiembre de 2020, al expresar que “la única solución en Venezuela *son elecciones libres y justas reales, no esta farsa política*.”¹⁷

Éste último, además, explicó luego que:

“No existen en Venezuela las condiciones para que pueda haber elecciones libres y justas, y la liberación de algunos presos políticos no cambia esa situación.

¹² Véase en general Hernández, José Ignacio. *Bases fundamentales de la transición en Venezuela. El reconocimiento del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado de Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2020.

¹³ Véase el documento: Brewer-Carías, Allan R. “El “Circo Electoral.” De cómo el Juez Constitucional en Venezuela asumió, como proyecto político propio, el rol de “empresario circense” y “maestro de ceremonias,” montando un tinglado para la realización de una falsa e inconstitucional “elección parlamentaria” en diciembre de 2020, rechazada y desconocida por toda la institucionalidad democrática,” Nueva York, 17 de julio de 2020. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/07/208.-Brewer-Car%C3%ADas.-El-Circo-Electoral.-Cr%C3%B3nica-TSJ-SC-sobre-nuevo-CNE-secuestro-partidos-y-elecc.-parlamentarias.7-2020-1.pdf/>

¹⁴ Véase “Comunicado del Gobierno Interino sobre las declaraciones del canciller de Turquía,” Caracas 1 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://presidenciave.com/presidencia/comunicado-del-gobierno-interino-sobre-las-declaraciones-del-canciller-de-turquia/>

¹⁵ Véase Ministerio de Asuntos Exteriores, UE y Cooperación, “El Gobierno de España valora “positivamente” los indultos del presidente venezolano pero insiste en la celebración de elecciones democráticas,” en *Córdoba buenas noticias*, 1 septiembre de 2020. Disponible en <https://www.cordobabn.com/articulo/internacional/gobierno-espana-califica-positiva-decision/20200901113303058142.html>

¹⁶ Véase declaraciones del Ministerio de Asuntos Exteriores, en *La Tercera*, 1 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.la-tercera.com/politica/noticia/canciller-dice-que-indulto-a-presos-politicos-en-venezuela-debe-ser-acompanado-de-otras-medidas-para-garantizar-legitimidad-de-elecciones-legislativas/6RLNCLQSDBB YRN3UW3AL37WZ7A/>

¹⁷ Véase Michael Pompeo. Tweet. 3 septiembre 2020. Disponible en: <https://twitter.com/SecPompeo/status/1301521240289615878>.

No ha habido ninguna restitución para los partidos políticos cuyos líderes fueron destituidos, y sus nombres, símbolos y activos robados, incluidos partidos de izquierda que cuestionan el control que tiene el régimen sobre el legado político de Chávez. A muchos opositores del régimen todavía se les prohíbe postularse a cargos públicos y siguen estando privados de sus derechos políticos. El Consejo Nacional Electoral (CNE), que ha sido designado ilegalmente, sigue estando bajo el férreo control del régimen, un hecho que será crítico debido a que de esa institución dependen los complejos procesos de registro. No hay libertad de prensa. Tampoco hay libertad de expresión. Y no existe la libertad de reunión.

Estas condiciones mínimas para poder recibir a una misión internacional de observación electoral creíble siguen estando ausentes.

Exhortamos a todos los actores democráticos, en Venezuela y fuera del país, a seguir insistiendo sobre las condiciones necesarias e internacionalmente aceptadas para que haya elecciones libres y justas.

Nosotros, y nuestros socios democráticos en Venezuela y la comunidad internacional, no contribuiremos a legitimar otro fraude electoral más perpetrado por el régimen de Maduro. Los ciudadanos venezolanos merecen nuestra solidaridad constante en su esfuerzo por restablecer la democracia en su país.¹⁸

En esas condiciones de ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias convocadas para el 6 de diciembre de 2020, las mismas solo pueden considerarse como un “simulacro” electoral propio de “los regímenes autoritarios,”¹⁹ para el cual, en este caso, el gobierno no sólo diseñó “unas elecciones a su justa medida,” sino también “una oposición a su medida.”²⁰ Por ello es que en esas condiciones no se puede caer en el falso dilema de “votar o no votar,” que a lo único que conduce, como lo expresó Luis Ugalde S.J., es a hacerle “el juego a la dictadura.”²¹

Las condiciones mínimas para la realización de unas elecciones libres, confiables, inclusivas, verificables, transparentes mucho menos se pueden dar para diciembre de 2020, particularmente si se toma en cuenta el contenido del Informe sobre las *Conclusiones detalladas de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la república Bolivariana de Venezuela*, del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas hecho público el 16 de septiembre de 2020, en el cual, después de documentar en más de 400 páginas las violaciones a los derechos humanos ocurridos en Venezuela desde 2014, muchas de las cuales se han calificado como crímenes de lesa humanidad, en particular, en relación con el proceso político, se expresó no solo que en Venezuela, se aplicó

¹⁸ Véase Michael R. Pompeo “Acontecimientos recientes en Venezuela,” 3 de septiembre de 2020, disponible en https://translations.state.gov/2020/09/03/acontecimientos-recientes-en-venezuela/?utm_medium=email&utm_source=govdeliveryD.

¹⁹ Véase Ángel Álvarez, entrevista con Hugo Prieto: “La cultura del petroestado no va a cambiar de la noche a la mañana,” en *Prodavinci* 5 de julio de 2020; disponible en: <https://prodavinci.com/angel-alvarez-la-cultura-del-petroestado-no-va-a-cambiar-de-la-noche-a-la-manana/>

²⁰ Véase Ángel Álvarez, entrevista con César Miguel Rondón, “En Venezuela hay cinco oposiciones con agendas incompatibles”, en *América digital*, 6 de julio de 2020, disponible en: <https://www.americadigital.com/columnistas/en-venezuela-hay-cinco-oposiciones-con-agendas-incompatibles-afirmo-el-profesor-y-phd-en-ciencias-politicas-angel-alvarez-85623>

²¹ Véase Luis Ugalde S.J., “Votar o no votar,” en *América 2.1*, agosto 2020, disponible en: <https://americanuestra.com/luis-ugalde-votar-o-no-votar/>. Véase igualmente: Manuel Llorens, “El dilema electoral: una interpretación esquizofrénica,” en *Prodavinci*, 7 de septiembre de 2020, disponible en: <https://prodavinci.com/el-dilema-electoral-una-interpretacion-esquifrenica/>

“Una política para silenciar, desalentar y sofocar la oposición al Gobierno del Presidente Maduro, incluso dirigiendo a las personas que, a través de diversos medios, demostraron su desacuerdo con el Gobierno o fueron percibidas como contrarias a él, y a sus familiares y amigos que blanco de ataques por estar asociados con ellos” (par. 2088.a);

sino que la Misión:

“tiene motivos razonables para creer que tanto el Presidente como los Ministros del Interior y de Defensa, ordenaron o contribuyeron a la comisión de los delitos documentados en el presente informe, y teniendo la autoridad efectiva para hacerlo, no adoptaron medidas de prevención y represión” (par. 2013).²²

De allí que la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, haya expresado, luego de conocer y apoyar este *Informe*, en Comunicado de 16 de septiembre de 2020, que “Es absurdo pensar que los criminales de lesa humanidad que reprimen y eliminan oposición y disidencia puedan organizar elecciones libres y justas;”²³ y al día siguiente, 17 de septiembre de 2020, los miembros del Grupo Internacional de Contacto para Venezuela, igualmente con motivo de la publicación del *Informe* de la Misión, “concluyeron que, por el momento, no se cumplen las condiciones para un proceso electoral transparente, inclusivo, libre y justo,” debiendo “eliminarse todos los obstáculos a la participación política para que se lleve a cabo un proceso electoral significativo,” lo que incluye, entre otras cosas:

“...el respeto del mandato constitucional de la Asamblea Nacional elegida democráticamente, la devolución del control de los partidos políticos a sus administradores legítimos, el cese de la inhabilitación y el enjuiciamiento de los líderes políticos, el pleno restablecimiento de sus derechos y de otros candidatos a la igualdad política. participación, actualización integral del padrón electoral, incluyendo a votantes jóvenes y venezolanos en el exterior, y un CNE independiente y equilibrado, y participación igualitaria y acceso irrestricto a todos los medios.”²⁴

Por tanto, si dichas elecciones parlamentarias se llegaran a realizar en las condiciones actuales (septiembre 2020), el resultado solo sería una supuesta “elección” de diputados a la Asamblea Nacional la cual ha sido declarada de antemano como ilegítima por la Asamblea Nacional, con la consecuencia ineludible de que la misma (al igual que ocurrió con la supuesta elección de Nicolás Maduro en mayo de 2018), igualmente deberá ser considerada como “inexistente” por vicios en la manifestación de voluntad de los votantes y en el objeto de la misma, por estar regulados en “normas” y “reglamentos” dictados por un Consejo Nacional Electoral cuyos miembros fueron nombrado inconstitucionalmente, los cuales son violatorios de la Ley Orgánica de los Procesos Electorales, y por ser una elección convocada por “orden” de un órgano que no tiene competencia para darla, como es la Sala Constitucional, lo que hizo mediante la sentencia N° 68 de 5 de junio de 2020 (Punto sexto de la decisión).²⁵

²² Informe de 15 de septiembre de 2020, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf

²³ Comunicado de la Secretaría General de la OEA sobre Informe de la ONU sobre crímenes de lesa humanidad en Venezuela, 16 de septiembre de 2020; disponible en: https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-096/20

²⁴ Comunicado de 17 de septiembre de 2020; disponible en: Disponible en: <https://evtmiami.com/grupo-de-contacto-internacional-dice-que-no-hay-condiciones-para-elecciones-en-venezuela/>

²⁵ En el punto Sexto de la “decisión” contenida en la sentencia la Sala Constitucional: “Se ordena al Consejo Nacional Electoral (CNE) convocar los comicios para elegir a los diputadas y diputados de la Asamblea Nacional, cuyo mandato expira el 4 de enero de 2021.”

Y esto no cambiará solo porque el gobierno de Maduro haya liberado algunos presos políticos y haya retirado las acusaciones contra otros dirigentes perseguidos,²⁶ lo que no es más que una confesión de la arbitrariedad judicial de la comisión del delito de privación ilegítima de libertad por parte del Gobierno; como tampoco cambia porque algunos pocos disidentes de la oposición hayan decidido participar en las mismas, como fue anunciado el 3 de septiembre de 2020.²⁷ Estos hechos aislados no le dan a dichas elecciones las condiciones necesarias para ser democráticas, libres, justas, competitivas, verificables y transparentes conforme a los estándares democráticos nacionales e internacionales.²⁸

En este caso, por tanto, como ocurrió con aquella supuesta elección de Nicolás Maduro en mayo de 2018, el denominado “principio de la conservación de la voluntad electoral *presunta*”²⁹ tampoco se podría aplicar pues sería una elección ilegítima e inconstitucional.

²⁶ Véase el anuncio hecho por Jorge Rodríguez, en Florantonia Singer, “Nicolás Maduro otorga el indulto a más de 100 presos políticos y diputados perseguidos. La medida de gracia es parte de la negociación del Gobierno con un ala de la oposición de cara a la participación en las elecciones parlamentarias,” en *El País*, Septiembre 1, 2020. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-08-31/nicolas-maduro-otorga-el-indulto-a-decenas-de-presos-politicos-y-diputados-perseguidos.html>

²⁷ Véase el anuncio hecho por Henrique Capriles, en Florantonia Singer, “Capriles toma la iniciativa en la oposición y llama a participar en las elecciones parlamentarias en Venezuela,” en *El País*, Septiembre 3, 2020. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-09-03/el-lider-opositor-henrique-capriles-llama-a-participar-en-las-elecciones-parlamentarias-en-venezuela.html>

²⁸ Esas condiciones electorales mínimas, por supuesto, será imposible que se puedan cumplir para el 6 de diciembre de 2020. Así lo resumió el Ex Magistrado Moisés Troconis Villarreal en su nota “El día 6 de diciembre no habrá fraude, la elección ya se realizó” del 18 de agosto de 2020, pues: “Ya Maduro eligió: 1- El árbitro judicial en la Sala Electoral. 2- El árbitro Judicial en la Sala Constitucional. 3- EL árbitro electoral. CNE. 4- El árbitro militar. 5- El árbitro paramilitar. 6- Elijió la Constitución a aplicar. 7- Elijió la ley electoral a usar. 8- El Hardware. 9- El Software. 10- La empresa que llevará a cabo el proceso. 11- El Sistema a aplicar. 12- La conectividad. 13- La plataforma de conexión. 14- Quienes pueden ser candidatos y quienes no. 15- Ya nombró las Autoridades de los partidos políticos. 16- Ya decidió que partidos NO pueden participar. 17- Que tarjetas pueden participar. 18- Ya decidió quienes serán diputados. 19- Que diputados tendrán inmunidad y cuáles no. 20- Cuales diputados podrán ser enjuiciados. *Ahí veinte (20) razones o argumentos*. Y de ñapa: 21- Ya está decidido cuántos serán los diputados a elegir. Pasando por encima de la Constitución. 22- El CNE, recién estrenado, ya decidió como se aplicará el Principio de representación proporcional. 23- El árbitro electoral electo por Maduro decidió cuántos diputados por Lista le corresponden a cada estado. 24- El CNE, decidió que ahora tendremos diputados por Listas a nivel nacional. 25- El TSJ podrá decidir cuales actas serán válidas y cuáles no. 26- El CNE decide a espaldas de los participantes en la contienda electoral, que REP se utilizará. 27- De la misma manera los cuadernos de votación serán elaborados bajo la absoluta conveniencia del régimen. 28- Este árbitro electoral hará las sumas parciales en cada estado. Sin testigos. 29- La sala electoral del CNE o bunker del PSUV es quien realizará el Cómputo final de votos. Sin presencia de las partes involucradas. 30- El árbitro electoral, a conveniencia del régimen, decidirá el 06 Dic, la hora que se cerrarán las mesas electorales o los Centros de Votación. Y por último el régimen podrá cambiar, rectificar (parcial o totalmente) lo establecido hasta el presente. El día 06 Dic no habrá fraude. *Ya el fraude se realizó*. Ya estas elecciones están hechas. Aquí una valoración al principio de dignidad: Ya basta de ofender la inteligencia. Ya basta de ofender la propia dignidad del pueblo venezolano. Lo del día 6 de diciembre es directamente una ofensa a la Voluntad de la soberanía popular.” En *Somostuvos*, 18 de agosto de 2020, disponible en: <http://www.somostuvos.net/destacado/ya-maduro-eligio/>

²⁹ Al cual se refirió Nikken, Claudia en “Reflexiones sobre la eventual continuidad institucional de la Asamblea Nacional,” en *WOLA.ORG, Venezuelan Politics and Human Rights*, 18 de agosto de

Por ello, los supuestos diputados que pudieran ser “electos” no podrían asumir legítimamente sus funciones para integrar la Asamblea Nacional que deberá funcionar a partir del 5 de enero de 2021, fecha en la cual, conforme a la Constitución, deberían cesar en sus cargos los diputados electos en diciembre de 2015, como fue previsto en el artículo 13 del Estatuto de Transición.

Dicho *Estatuto* establece el marco regulatorio general del proceso de recuperación de la democracia y del restablecimiento de la plena vigencia de la Constitución estableciendo en su artículo 6.4, que el mismo se sancionó para guiar:

“las acciones de la Asamblea Nacional para la conformación de un Gobierno de unidad nacional que supla la ausencia de Presidente electo hasta tanto se celebren elecciones libres y transparentes en el menor tiempo posible.”

En ese marco, unos meses después, el 17 de septiembre de 2019, la Asamblea Nacional emitió un “*Acuerdo para ratificar la ruta política propuesta por la Asamblea Nacional como salida a la crisis que vive el país, frente al bloqueo de las soluciones democráticas por parte del régimen usurpador de Nicolás Maduro Moros,*” en el cual entre otras decisiones se resolvió:

“PRIMERO: Ratificar el Acuerdo aprobado por esta Asamblea Nacional el 15 de enero de 2019, en el que se declara la usurpación del Poder Ejecutivo Nacional por parte del régimen de Nicolás Maduro Moros y se establece la ruta para el restablecimiento del orden constitucional.

“TERCERO. Ratificar la vigencia plena de todas las atribuciones de la Asamblea Nacional de Venezuela, el mandato de los diputados electos democráticamente, y la voluntad soberana del pueblo venezolano, así como el itinerario jurídico trazado por el Estatuto que Rige la Transición a la Democracia para el Restablecimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dando respaldo político irrestricto al liderazgo de Juan Guaidó Márquez como Presidente de la Asamblea Nacional, y como Presidente (E) de la República Bolivariana de Venezuela, hasta que se produzca el cese de la usurpación.”

Y con base en esas decisiones la propia Asamblea resolvió respaldar la única propuesta posible en materia electoral que es:

“la convocatoria de un proceso electoral presidencial libre, justo y transparente, con observación internacional seria y la libre participación de todos los venezolanos, para lo cual se requiere de un nuevo Poder Electoral legítimo, designado por la Asamblea Nacional en ejercicio de sus competencias constitucionales y el establecimiento de un Gobierno de Transición que conduzca al país a ese proceso.”³⁰

Nada de lo cual se ha podido cumplir, razón por la cual, el *Estatuto de Transición* puede decirse que no se agota en forma alguna por el hecho de que se realicen las ilegítimas e inconstitucionales elecciones parlamentarias convocadas para diciembre de 2020. Al contrario, independientemente de que se realicen dichas elecciones parlamentarias, el *Estatuto de Transición* necesariamente seguirá vigente, pues las circunstancias que lo originaron, es decir, la inexistencia de Presidente legítimo que en enero de 2019 hubiera podido haber tomado posesión del cargo de Presidente de la República para el período 2019-2025, y la situación declarada de usurpación por parte de Nicolás Maduro, persistirán.

2020, disponible en <https://www.venezuelablog.org/reflexiones-sobre-la-eventual-continuidad-institucional-de-la-asamblea-nacional/>

³⁰ Véase en *Gaceta Legislativa*, N° 12, 19 de septiembre de 2019. Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/gaceta/gaceta_1570202248.pdf

Es decir, en las circunstancias actuales (septiembre 2020), la ilegitimidad y usurpación del régimen de facto de Maduro, como fue declarado en el *Estatuto de Transición*, continúan y evidentemente que no cesarán por el hecho de que se efectúen unas elecciones parlamentarias declaradas ilegítimas e inconstitucionales, y solo cesarán cuando cese la usurpación y se realicen elecciones presidenciales libres, transparentes y competitivas.

Como lo destacó Asdrúbal Aguiar:

“Desde el último reducto de legitimidad formal que le resta al país, la Asamblea Nacional ya consultó al pueblo en 2017 y por dos veces ratificó legislativamente su mandato. Al efecto concertó luego un “estatuto constitucional provisorio”: El Estatuto para la Transición, para volver a la Constitución desde la misma Constitución, una vez alcanzadas las condiciones para que los venezolanos podamos regresar a las urnas, ejercer nuestra soberanía, y darnos un destino cierto y de decencia.

La tarea pendiente de realizar por la Asamblea y sus autoridades no tiene períodos constitucionales que se agoten, justamente, por haber sido desmantelada la Constitución y estar sometidas a la provisionalidad constitucional del Estatuto, que les fija un norte claro: Concertar y coaligar para interpretar las verdades de la nación y liberarla. Jamás para servir al sistema clientelar y de la mentira.”³¹

Por tanto, mientras no cese la usurpación y se realicen elecciones democráticas, libres y confiables para *elegir legítimamente* un Presidente de la República para el período 2019-2025 y los diputados de la Asamblea Nacional para el período 2021-2026; a pesar de que esté previsto que los diputados electos en diciembre de 2015 cesan en sus funciones el 5 de enero de 2021, el régimen de transición tiene que seguir conforme a los artículos 233 y 333 de la Constitución pues el país no puede carecer de autoridades legítimas particularmente en sus relaciones internacionales.³²

Por ello, al analizar esta problemática, en trabajo anterior de fecha 8 de agosto de 2020, expresé lo siguiente:

“El desconocimiento generalizado expresado de antemano, de lo que resulte del “Circo Electoral” inconstitucionalmente montada para realizar una supuesta “elección parlamentaria” el 6 de diciembre de 2020, no puede conducir a otra cosa que no sea la consideración de la misma –si se realizara en las actuales condiciones– como ilegítima, razón por la cual, en enero de 2021, no habiendo diputados legítimamente electos que pudieran juramentarse como nuevos miembros de la Asamblea Nacional, se va a plantear el tema de si aquellos que conforman la actual Asamblea Nacional (que sí fueron legítimamente electos en 2015), por el principio de la continuidad en el ejercicio de las funciones en el derecho público que la Sala

³¹ Véase Asdrúbal Aguiar, “Llamado a los “políticos” de mi patria, Venezuela,” en *Diario Las Américas*, 4 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.diariolasamericas.com/opinion/llamado-los-politicos-mi-patria-venezuela-n4206295>

³² En este sentido, por ejemplo, el encargado de Negocios para la Oficina Externa de los Estados Unidos para Venezuela, James Story, según lo que expresa José Gregorio Meza en el reportaje sobre la entrevista que le hizo, publicada el 3 de septiembre de 2020, expresó: “Estados Unidos solo reconoce al gobierno interino del presidente Juan Guaidó y los partidos democráticos [...] Story recalcó que *esto será así hasta el cese de la usurpación*. “Nosotros vamos a seguir apoyando al presidente Guaidó y la comunidad internacional también.” *Dijo que el problema no es la Asamblea Nacional sino que Maduro usurpa un poder de forma ilegítima ya que las elecciones de mayo de 2018 fueron fraudulentas.*” Véase José Gregorio Meza, “Story: Estados Unidos reconocerá a Guaidó como presidente hasta el cese de la usurpación,” *El Nacional*, 3 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.elnacional.com/venezuela/james-story-estados-unidos-reconocera-aguaido-como-presidente-hasta-el-cese-de-la-usurpacion/>.

Constitucional aplicó a los órganos constitucionales en 2013, estarían obligados a seguir en el ejercicio de sus funciones, hasta que sean reemplazados por diputados electos legítimamente conforme a los principios democráticos.”³³

Y como era de esperarse, el tema efectivamente se planteado, habiendo sido discutido en el plano académico y político. Se destaca, por ejemplo, la opinión de los profesores Ricardo Combellas y Claudia Nikken quienes han argumentado, con razón, que no se podría plantear una extensión del período de los diputados a la Asamblea Nacional en tales circunstancias con base en el principio de la “continuidad administrativa,” pues se trata de un principio concebido en el derecho administrativo y que solo se aplica a funcionarios administrativos, pero no a funcionarios electos.³⁴

Por su parte, en cambio, los profesores que integran tanto la Catedra de Derecho Constitucional como el Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, y el Bloque Constitucional de Venezuela han argumentado sobre la procedencia de la extensión del mandato de los diputados a la Asamblea Nacional en las circunstancias indicadas, con base en el principio de la continuidad institucional.

El *Bloque Constitucional de Venezuela, en efecto*, en Comunicado de 15 de septiembre de 2020 expresó lo siguiente:

“Señalar que, en razón del debido al principio de *necesitas* (necesidad política), fundamento del artículo 333 constitucional y del Estatuto que Rige la Transición a la Democracia, hasta tanto no se realice una elección parlamentaria libre, justa, y competitiva, basada en el principio de integridad electoral, la voluntad soberana depositada en los diputados incumbentes debe ser preservada, para evitar una disrupción constitucional parlamentaria y la liquidación de la República.”³⁵

Por último, los profesores de la *Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela*, en Comunicado de fecha 16 de julio de 2020, fueron más específicos en exigir a la directiva de la Asamblea Nacional:

“que defina anticipadamente que el proceso que está dirigido a un simulacro de elección, el 6 de diciembre de 2020, no produce efecto alguno y que, en consecuencia, con base a los valores democráticos y a los principios constitucionales axiológicos de toda institucionalidad, la actual Asamblea Nacional continuará en el ejercicio de sus funciones constitucionales hasta tanto se produzca la restauración democrática y una elección que cumpla los parámetros que permitan su reconocimiento en todos los ámbitos, nacional e internacional.”³⁶

³³ Véase en el libro de Brewer-Carías, Allan R. Duque Corredor, Román J. Badell Madrid, Rafael Hernández, José Ignacio. *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 124, pp. 147-148.

³⁴ En este caso, como no se trata de funcionarios electos, el principio de la “continuidad administrativa” al cual se han referido Ricardo Combellas y Claudia Nikken, concebido en el derecho administrativo, se aplicaría a los funcionarios administrativos designados por el Gobierno Interino. Véase Combellas, Ricardo “¿Continuidad administrativa?” en *El Nacional*, 27 de julio de 2020, disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/continuidad-administrativa/>; y Nikken, Claudia. “Reflexiones sobre la eventual continuidad institucional de la Asamblea Nacional,” en *WOLA.ORG, Venezuelan Politics and Human Rights*, 18 de agosto de 2020, disponible en <https://www.venezuelablog.org/reflexiones-sobre-la-eventual-continuidad-institucional-de-la-asamblea-nacional/>

³⁵ El texto está disponible en: <https://bloqueconstitucional.com/el-bloque-constitucional-de-venezuela-ante-la-espuria-convocatoria-a-elecciones-parlamentarias-a-la-opinion-publica-nacional-e-internacional/>. (El texto está en el Anexo XXIII de este libro).

³⁶ Véase Comunicado “Convocatoria elecciones parlamentarias 2020: Estado fallido y sus procesos forajidos,” Disponible en: <https://www.scribd.com/document/473841729/Pronunciamento-Elec>

Y es que, en efecto, el tema solo puede ser definido por la Asamblea Nacional conforme al artículo 333 de la Constitución; y ello debería hacerlo en el marco del régimen de transición, por ejemplo, al “sentar las bases” y organizar el “Gobierno de Emergencia Nacional” anunciado en el “*Pacto Unitario por la Libertad y Elecciones Libres*” de fecha 7 de septiembre de 2020,³⁷ “cuyo objeto sea *dirigir la transición*, atender de manera urgente la crisis económica y *convocar a elecciones libres*.”

Para ello, la Asamblea Nacional, en ese mismo marco del artículo 333 de la Constitución, debe proceder a regular la actuación de dicho Gobierno de Emergencia Nacional, determinando cómo y en qué forma el *Estatuto de Transición* continuará aplicándose, así como, de ser el caso, sobre la continuidad institucional de la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015 más allá del 5 de enero de 2021 hasta que cese la usurpación y se hagan elecciones legítimas, incluyendo regulaciones, si es el caso, sobre la figura de Presidente Encargado, en particular, respecto de las funciones asignadas en el mismo al “legítimo Presidente encargado de la República” (art. 14), que debería cumplir sometido a reglas mínimas de gobernanza y control, por parte de la Asamblea Nacional en su continuidad institucional o, por ejemplo, por la Comisión Delegada de la Asamblea Nacional que debe nombrarse el 15 de diciembre de 2010.

La Asamblea Nacional también deberá regular, en particular, los efectos y proyección de la actuación del Gobierno de Emergencia Nacional en el exterior, específicamente a través de la actuación de los funcionarios administrativos que han sido designados por el Presidente Interino Juan Guaidó desde enero de 2019, y de la actuación de los miembros de las Juntas Directivas *Ad-Hoc* también designadas conforme al Estatuto de Transición para gerenciar los diversos entes descentralizados del Estado a los efectos de proteger sus activos en el exterior.

ciones. Debe destararse sobre esta declaración que posteriormente el *Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* mediante Acuerdo de 18 de septiembre de 2020, precisó: “que ante un proceso electoral irrito y la consecuente ausencia de elecciones válidas, la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2015, con base en el principio de continuidad constitucional, debe permanecer en el ejercicio de sus funciones hasta tanto se realicen las elecciones, cumpliendo con los extremos constitucionales y legales, para la escogencia de los nuevos diputados. Esta irrefutable consecuencia está respaldada por una interpretación sistemática de la Constitución que n deja lugar a dudas, así como por los precedentes constitucionales pacíficamente aceptados, a que se contraen los casos de extensión de los períodos de gobernadores, alcaldes, concejales y, muy especialmente, diputados a los Consejos legislativos Regionales, como consecuencia de la carencia de elecciones para dichos cargos por un tiempo prolongado, luego de la expiación de los períodos para los que fueron electos.” Texto disponible en: <https://twitter.com/dirderehoucv/status/1307318414332096512>

³⁷ Pacto firmado por 37 organizaciones políticas de la oposición. Véase “Partidos políticos y organizaciones sociales firmaron Pacto Unitario propuesto por Guaidó,” en *El Nacional*, 9 septiembre 2020, disponible en: <https://www.elnacional.com/venezuela/par-tidos-politicos-y-organizaciones-sociales-firmaron-pacto-unitario-propuesto-por-guaido/>. Véase el texto en: <https://www.elimpulso.com/2020/09/07/este-es-el-pacto-unitario-suscrito-por-las-fuerzas-democraticas-por-la-libertad-de-venezuela-7sep/>

No hay que olvidar que tanto el Gobierno Interino, como dichos funcionarios y las Juntas Directivas *Ad-Hoc* han sido reconocidos por muchos Estados extranjeros y Organizaciones Internacionales.³⁸

En definitiva, corresponderá a la Asamblea Nacional, en el marco del citado artículo 333 de la Constitución, dictar las regulaciones que permitan continuar “el proceso de restablecimiento del orden constitucional y democrático” más allá del 5 de enero del 2021.

³⁸ Como lo observó Claudia Nikken, ciertamente, en la práctica, muchas de las decisiones adoptadas por el gobierno de transición en el marco del *Estatuto de Transición*, “han sido y son decisiones de imposible ejecución *práctica* en Venezuela, a pesar de su legitimidad de todo orden. Solo tuvieron y tienen efectos en el exterior, porque así lo han decidido terceros Estados, en el entendido de que esas actuaciones se fundamentan en la Constitución y tienen legitimidad política porque cuentan con apoyo popular. Véase Nikken, Claudia. “Reflexiones sobre la eventual continuidad institucional de la Asamblea Nacional,” en *WOLA.ORG, Venezuelan Politics and Human Rights*, 18 de agosto de 2020, disponible en <https://www.venezuelablog.org/reflexiones-sobre-la-eventual-continuidad-institucional-de-la-asamblea-nacional/>

EL FIN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA BASADA EN EL SUFRAGIO UNIVERSAL, DIRECTO Y SECRETO REGULADO EN LA CONSTITUCIÓN

El caso de la inconstitucional reglamentación por parte del Consejo Nacional Electoral de un sistema electoral “indirecto” y “a mano alzada” para los tres diputados de representación indígena a la Asamblea Nacional

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *Este estudio analiza la inconstitucional “reforma” de la legislación electoral dictada por el Consejo Nacional Electoral por inconstitucional delegación que le hizo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se estableció un sistema de “elección” de los diputados indígenas a la Asamblea Nacional basado en un sistema electoral “indirecto” y “a mano alzada” en violación a la exigencia constitucional de que el sufragio sea siempre universal, directo y secreto.*

Palabras Clave: *Sufragio directo. Sufragio universal. Sufragio secreto.*

Abstract: *This study analyzes the unconstitutional “reform” of the electoral legislation issued by the National Electoral Council by unconstitutional delegation made to it by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, through which a system of “election” of indigenous deputies to National Assembly was established, based on an “indirect” and “show of hands” electoral system in violation of the constitutional requirement that the suffrage always be universal, direct, and secret.*

Key words: *Direct Suffrage. Universal suffrage. Secret suffrage.*

I. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO Y EL SUFRAGIO UNIVERSAL, DIRECTO Y SECRETO

Uno de los principios más tradicionales del constitucionalismo moderno recogido en absolutamente todas las Constituciones de Venezuela desde 1811, incluyendo la vigente de 1999, es el principio de la democracia representativa conforme al cual, el pueblo, y por tanto, todos los ciudadanos, cuando *ejercen su soberanía en forma indirecta* (art. 5) lo hacen conforme se establece en el artículo 62 y 63 de la Constitución, *a través de representantes* (art. 62) *electos exclusivamente mediante sufragio universal, directo y secreto* (arts. 63); principio que se repite expresamente en el artículo 186 de la Constitución en lo que se refiere a la elección de los diputados a la Asamblea Nacional al disponerse que ello se hará necesariamente, “por *votación universal, directa y secreta.*”

Ese principio implica que, para conformar cualquier institución del Estado *con representantes del pueblo*, la votación para ello tiene que ser obligatoriamente de carácter *universal* en relación con todos los electores, y además de carácter *directa*, y no a través de intermediarios o de segundo grado; y en todo caso de carácter *secreto*, y no pública o a mano alzada en asambleas de ciudadanos.

Respecto del sufragio *directo y secreto*, en la Constitución *no hay excepción alguna*; y en cuanto al sufragio *universal*, la Constitución solo establece *una* excepción en la configuración de la representación indígena en la Asamblea Nacional (arts. 125) -que es de tres diputados- que se deben elegir “*por los pueblos indígenas*” de acuerdo con lo establecido en la Ley, “*respetando sus tradiciones y costumbres*” (art. 186). Esa es la única posibilidad de que representantes en una institución pública se elijan, no mediante votación *universal*, sino solo por votación de una fracción de los ciudadanos, los integrantes de los pueblos indígenas de la República. Es decir, la excepción está referida únicamente a la universalidad, en razón de las características particulares de ese particular electorado: los pueblos indígenas. No hay ninguna otra excepción posible en la Constitución, que afecte el principio del *sufragio universal, directo y secreto*.

II. LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL SUFRAGIO DIRECTO Y SECRETO EN LA ELECCIÓN DE LOS DIPUTADOS REPRESENTANTES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Todos estos principios constitucionales, sin embargo, han sido barridos por el Consejo Nacional Electoral inconstitucionalmente designado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo mediante sentencia N° 69 de junio de 2020, ejerciendo una “delegación legislativa” producto de otra decisión inconstitucional emitida también por la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo mediante sentencia N° 68 de 5 de junio de 2020. En efecto, dicho Consejo emitió la Resolución N° 200630-0024 de 30 de Junio de 2020, contentiva de un *Reglamento especial para regular la elección de la representación indígena en la Asamblea Nacional 2020*,¹ con el propósito de supuestamente llenar el “vacío normativo” creado por la Sala Constitucional al declarar “*inaplicables erga omnes*” los artículos 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182 y 186 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales.

Dicho Reglamento especial se dictó, en efecto, para regular la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional por los Pueblos y Comunidades Indígenas para las elecciones que tendrían lugar en diciembre de 2020, estableciéndose para ello un “sistema electoral” conforme a “la modalidad nominal, y mediante elección por mayoría relativa de votos, expresados en asambleas populares conforme a sus usos, tradiciones y costumbres” (art. 2) a través del voto a mano alzada (art. 18).

Con ello, de entrada, el Reglamento *violó el principio del voto directo y secreto* que está en la Constitución, y que no admite excepción, estableciendo la elección de los representantes indígenas a la Asamblea Nacional, no por votación directa de los ciudadanos de los pueblos indígenas, sino a través de unas “asambleas populares” configurándose la elección como una “*votación indirecta*, de segundo grado, que no es admitida en la Constitución, realizada además “*a mano alzada*” *en público*, que es lo más alejado del voto secreto.

Este “sistema electoral” de sufragio “indirecto” y “público” es inconstitucional, quedando viciado el Reglamento del Consejo Nacional Electoral de raíz, en todo su contenido que se

¹ Véase la referencia en: <https://www.vtv.gob.ve/cne-reglamento-especial-eleccion-representacion-indigena-an/>

destina efectivamente a regularlo; vicios que se multiplican al regularse en el Reglamento inconstitucionales restricciones para ser candidato a la elección de los diputados indígenas, y para su postulación, que deja de ser libre.

III. LA INCONSTITUCIONAL REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES QUE DEBEN REUNIR LOS CANDIDATOS A DIPUTADOS DE REPRESENTACIÓN INDÍGENA Y LA INCONSTITUCIONAL LIMITACIÓN A SU POSTULACIÓN

1. *Las inconstitucionales provisiones sobre las condiciones de los candidatos*

Para la elección de los tres diputados por los pueblos indígenas que prevé la Constitución, el Reglamento estableció que los candidatos a dichos cargos, además de los requisitos constitucionales generales aplicables a todos los diputados (art. 188), deben ser “una persona indígena, hablar su idioma” y cumplir con al menos una de las siguientes condiciones:

“Haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad; tener conocida trayectoria en la lucha en pro del reconocimiento de su identidad cultural; o haber realizado acciones en beneficio de los pueblos y comunidades con un mínimo de tres años de funcionamiento” (art. 6).

La Constitución ciertamente dispuso que la elección de los diputados por los pueblos indígenas se debe realizar “*de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres*” (art. 186), lo que podría derivar en el establecimiento de condiciones específicas para la misma; pero ello, en todo caso solo puede ser “establecido en la ley electoral,” como expresamente lo exige la Constitución. El Reglamento dictado por el Consejo Nacional Electoral, *no es una ley ni es la ley electoral*, ni la Sala Constitucional en su viciada sentencia N° 68 de junio de 2020, puede arrogarse poder alguno para transformar reglamentos en leyes, por lo que esta restricción reglamentaria que se aparta de lo establecido en el artículo 188 de la Constitución, habiéndose establecido en un reglamento, es abiertamente inconstitucional.

2. *Las inconstitucionales provisiones sobre las condiciones de postulación de los candidatos a diputados para la representación indígena*

El Reglamento estableció, además, otra disposición que viola el derecho a la participación política que se garantiza a todos los ciudadanos para ejercerse en forma libre en la Constitución (art. 62), al disponer que los candidatos a diputados por la representación indígena *solo podrían ser “postulados” por “organizaciones indígenas”* (art. 7) sin siquiera definirse cuáles o cómo son las mismas y quienes las pueden conformar.

Ello constituye una limitación intolerable al derecho a la participación política de todos los ciudadanos, quienes conforme lo garantiza el artículo 67 de la Constitución tienen derecho a postularse por iniciativa propia para los cargos de elección popular; lo que implica que personas pertenecientes a las comunidades indígenas puedan por ejemplo postularse por iniciativa propia como candidatos para las elecciones de los diputados en representación de dichas comunidades.

Eliminar el derecho a la postulación por iniciativa propia de los ciudadanos viola la Constitución, como también se viola al eliminarse la posibilidad de que grupos de electores puedan hacer dichas postulaciones.

Por otra parte, una restricción en las postulaciones como la que se pretende en el Reglamento viola abiertamente el derecho de las organizaciones con fines políticos, las cuales también tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos (art. 67); y viola el derecho de las propias comunidades políticas a establecer organizaciones con fines

políticos. No hay en la Constitución norma alguna que limite estos derechos. Ni siquiera tratándose de elección de diputados en representación indígena, respecto de los cuales, si bien la elección de los mismos puede limitarse a que la hagan los pueblos indígenas, la postulación de los candidatos tiene que ser libre conforme a la Constitución.

Lo contrario, es decir, restringir la postulación se traduce en una limitación intolerable que vicia la elección desde la raíz, pues elimina la libertad del voto, y hace que la “elección” sea una farsa, al restringirse a la escogencia entre las personas postuladas por “ciertas organizaciones que no se identifican en modo alguno, “entubando” la elección desde su inicio.

IV. EL “SISTEMA DE ELECCIÓN INDIRECTA” DE LOS REPRESENTANTES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: PRIMER ENSAYO DE ESTRUCTURACIÓN DEL VISADO ESQUEMA DEL ESTADO COMUNAL RECHAZADO POR EL PUEBLO EN 2007

En cuanto al sistema electoral establecido para la elección de los diputados representantes de los pueblos indígenas, el Reglamento del Consejo Nacional Electoral, al eliminar la elección directa que es la única que admite la Constitución, ha establecido un sistema de *elección indirecta* partiendo de “Asambleas Comunitarias” que eligen “voceros” quienes luego participan en “Asambleas Generales” para elegir a los diputados, constituyendo ello una aplicación puntual, inconstitucional, del modelo de “Estado Comunal” que en 2007 se sometió a referendo como parte de la propuesta de reforma constitucional que fue rechazada por el pueblo.

1. *Las regiones o Circunscripciones para la elección de los diputados representantes de las comunidades indígenas*

Para aplicar este “nuevo” e inconstitucional sistema de elección indirecta, el Reglamento del Consejo Nacional Electoral identificó los diez (10) Estados de la República donde hay comunidades indígenas, agrupándolos en los siguientes tres Circunscripciones electorales o Regiones, para elegir en cada una de ellas un diputado de representación indígena (art. 4).

Dichas regiones o circunscripciones electorales son las siguientes:

En *primer lugar*, la Región o circunscripción electoral *Occidente*, conformada por los estados Zulia, Mérida y Trujillo;

En *segundo lugar*, la Región o circunscripción electoral *Sur*, conformada por los estados Amazonas y Apure; y

En *tercer lugar*, la Región o circunscripción electoral *Oriente*, conformada por los estados Anzoátegui, Bolívar, Delta Amacuro, Monagas y Sucre (art. 3).

2. *Las “Asambleas Comunitarias” en el inconstitucional sistema de elección indirecta*

El Reglamento reguló la inconstitucional elección por votación indirecta de los diputados en representación indígena, al disponer como ya se dijo, un sistema de votación en dos grados partiendo de la configuración de unas “Asambleas Comunitarias” en las cuales deben reunirse los pueblos y comunidades indígenas, para elegir los “voceros” que asistirán luego a “Asambleas Generales” en las cuales se elegirán los diputados de representación indígena.

En esta forma se regularon las “Asambleas Comunitarias” que son las llamadas a elegir esa especie de “delegados” denominados “voceros,” a los efectos de actuar luego en “Asambleas Generales” como supuestos “espacios de participación libre y directa” (art. 10).

En el Reglamento no se determinó ni el número de dichas Asambleas Comunitarias que deben convocarse en cada entidad federal de las que componen las regiones o circunscripciones electorales, ni su ubicación territorial, ni la forma como las mismas se convocan o componen, como tampoco el número de los “voceros” que cada una de ellas deba elegir, dejando su determinación a un “Manual de Funcionamiento de las Asambleas Comunitarias, en proporción al número de integrantes de cada Comunidad” (art. 11), sin indicarse quién y cómo se emite y aprueba dicho Manual.

En el Reglamento solamente se dispuso, sin embargo, unas “reglas” generales de funcionamiento de dichas Asambleas referidas únicamente a las fechas de sus sesiones, a ser establecidas por el Consejo Nacional Electoral; al calendario de las mismas, que debe ser publicado por el mismo Consejo; y a que solo pueden constituirse y sesionar “válidamente ante la presencia de un Agente de Coordinación Electoral designado por el Consejo Nacional Electoral.” Y nada más. Mayor indeterminación, imposible.

Se agregó en el Reglamento que “en cada Asamblea Comunitaria, en la sesión destinada a la elección de los voceros,” se debe levantar un “Acta de Asamblea” de conformidad con lo que establezca el Consejo Nacional Electoral, y en la cual constará la elección del vocero o vocera” (art. 13). Sin embargo, nada se estableció en el Reglamento sobre cómo y conforme a cuál método las Asambleas Comunitarias “debe “elegir” a sus voceros. Si a ellas se aplican las normas de la Ley Orgánica del Poder Popular y sus leyes específicas, dicho método sería el método de elección a mano alzada, que como se ha dicho es inconstitucional.

3. *Las “Asambleas Generales” en el inconstitucional sistema de elección indirecta*

En el segundo nivel del inconstitucional sistema electoral indirecto regulado en el reglamento, se establece que una vez “electos” los “voceros” (sin determinarse cuántos) en las Asambleas Comunitarias (sin determinarse cuántas ni donde se realizan), debe proceder a realizarse “Asambleas Generales” “por cada entidad federal de la Circunscripción Indígena” (art. 16) con la participación de dichos voceros, que son los llamados a “elegir” los diputados de representación indígena “por los Pueblos y Comunidades Indígenas, por región.”

A tal efecto, una vez que las Asambleas Comunitarias hubieran “elegido” los “voceros” respectivos, el Consejo Nacional Electoral debe conformar y publicar un “Registro Electoral Preliminar formado por la base de datos de los voceros pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, facultados por las Asambleas Comunitarias para participar en las Asambleas Generales,” a los efectos de “determinar quiénes asistirán al acto de votación y escrutinio en cada Asamblea General” (art. 13); y quienes serán, una vez despejadas las impugnaciones que se puedan hacer (art. 14), los que tendrán “derecho a participar en las respectivas Asambleas Generales” (art. 15).

Estas Asambleas Generales como se dijo, y lo repite el artículo 17, “se instalarán y constituirán en cada entidad federal” de cada Circunscripción Electoral, es decir, en las diez entidades federales de las tres Regiones o Circunscripciones electorales que ya se mencionaron.

4. *La elección de los diputados de la representación indígena “a mano alzada” violándose el principio constitucional del voto secreto que no admite excepciones*

En estas diez Asambleas Generales, conforme al artículo 17 del Reglamento, en una forma abiertamente inconstitucional violándose la exigencia del voto “secreto” para la elección de los representantes que impone la Constitución, se dispuso que “la forma de votación será *a mano alzada*, y se sujetará a lo dispuesto” en el desconocido “Manual de Funcionamiento de las Asambleas Generales,” debiendo dejarse constancia del escrutinio de votos emitidos a favor de los candidatos en un “Acta de Asamblea”, de acuerdo con el formato elaborado por el Consejo Nacional Electoral.

Efectuadas las “votaciones” en cada Asamblea General, el Consejo Nacional Electoral, con base en las Actas de Asambleas Generales, debe proceder a totalizar, adjudicar y proclamar como diputados a los candidatos que resulten electos conforme a la Ley (art. 18). A tal efecto, dice el artículo 18, “quedará electo y en consecuencia le será adjudicado el cargo de diputado por la representación indígena, el candidato *con mayoría relativa de votos*, hecha la sumatoria de los sufragios emitidos por los voceros en las Asambleas Generales de las entidades federales comprendidas en la Región o circunscripción de que se trate.”

**

Es ciertamente casi imposible encontrar en un solo acto administrativo emitido por un órgano del Estado tantos vicios de inconstitucionalidad juntos; ni siquiera si ello hubiese sido el resultado de un ejercicio en alguna clase de una facultad de derecho que hubiera exigido a los estudiantes idear un acto con el mayor número de vicio de inconstitucionalidad posible.

En este caso, el Reglamento viola el principio de la reserva legal al pretender regular materias que solo corresponden al Legislador; habiendo sido inconstitucional la pretensión de la Sala Constitucional de “delegar” la función de legislar que corresponde exclusivamente a la Asamblea nacional en un órgano del Estado que es el Consejo Nacional Electoral, que en ningún caso puede dictar actos con rango y valor de ley.

El Reglamento, además, viola la Constitución al establecer un sistema electoral para los diputados de la representación indígena, en forma indirecta y en votación pública, a mano alzada, contrariando abiertamente lo establecido en la Constitución que solo permite para dicha elección que se haga en forma directa y secreta, sin excepción.

El reglamento, adicionalmente, viola el derecho a la participación política, al restringir las condiciones de elegibilidad de los candidatos a diputados de la representación indígena, que solo la ley electoral sancionada por la Asamblea Nacional podría hacer.

Y el reglamento, por último, viola el derecho a la libre participación política de las personas a postularse para cargos representativos por iniciativa propia y viola el derecho de los partidos políticos y demás organizaciones políticas para postular candidatos en los procesos electorales, como lo garantiza la Constitución.

COMENTARIOS A LA SUSPENSIÓN DEL PAGO DE CÁNONES ARRENDATICIOS DE INMUEBLES PARA EL USO COMERCIAL DURANTE LOS AÑOS 2020-2021, Caso Venezuela

Edgar Darío Núñez Alcántara
Abogado. Profesor Universitario

Resumen: *En fecha 12 de marzo de 2020, con ocasión del surgimiento de la pandemia conocida como COVID-19, el ejecutivo nacional venezolano decretó el estado de alarma, y el día 23 del mismo mes una cuarentena que impidió la actividad normal y productiva de los ciudadanos. Por razones de protección al considerado débil económico en el arriendo el Estado suspendió la obligación del pago de cánones arrendaticios de inmuebles destinados al uso de vivienda y comercio. A la fecha tal excepcionalidad se prolonga al 1° de marzo del año 2021.*

Es este el tema central de este ensayo jurídico, referido al contenido y alcance de los decretos de marras, así como la experiencia de la sociedad venezolana ante su aplicación.

Palabras Clave: *Pandemia, COVID-19, estado de alarma, cuarentena, arriendo, cánones arrendaticios, suspensión.*

Abstract: *On March 12, 2020, on the occasion of the emergence of the pandemic known as COVID-19, the Venezuelan national executive decreed the state of alarm, and on the 23rd of the same month a quarantine that prevented the normal and productive activity of citizens. For reasons of protection to the considered economic weak in the lease, the State suspended the obligation to pay rental fees for real estate intended for the use of housing and commerce. To date, such exceptionality extends to March 1st, 2021.*

This is the central theme of this legal essay, referring to the content and scope of the decrees in question, as well as the experience of Venezuelan society before their application.

Key words: *Pandemic, COVID-19, state of alarm, quarantine, lease, rental fees, suspension.*

I. PROLONGACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE PAGOS DE CÁNONES ARRENDATICIOS DE INMUEBLES PARA EL USO COMERCIAL POR LA CUARENTENA DEL AÑO 2020.

Explicación previa necesaria. El pasado mes de marzo el ejecutivo nacional dictó un decreto, identificado con el número 4.169¹, el cual tiene como objetivo la suspensión del pago de los cánones de arrendamientos de los inmuebles, ubicados en la república, cuya destinación sea para el uso comercial y de vivienda, y la desaplicación temporal de los artículos 91 y 40 (numeral 1°) de la Ley Para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda (LRCAV) y de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario Para el Uso Comercial (LRAIUC) respectivamente, relativos a las causales de desalojo inmobiliario en el ámbito de aplicación de esas leyes.

El referido decreto presidencial contiene normas jurídicas de tiempo determinado, con un período de aplicación de algo más de seis (6) meses, según explicación sobre la temporalidad que se lee *infra*. Y, en razón de ello y por el vencimiento del término de su vigencia con persistencia y agravamiento de las razones que llevaron a su creación, en fecha 2 de septiembre del año 2020 se publicó en la Gaceta Oficial número 41.956 el decreto 4.279, con igual objetivo, fundamentos y también por un tiempo determinado. La vigencia de éste es en principio de (6) seis meses, lo cual implica que se extiende hasta el 1° de marzo del año 2021.

Sobre el anterior decreto 4.169 escribimos algunas observaciones iniciales, y estos nuevos comentarios los incorporamos al escrito inicial y los destacaremos mediante anotaciones posteriores a algunos párrafos, en negrillas y letras cursivas.

Valencia, estado Carabobo, 25 de octubre de 2020.

II. SUSPENSIÓN DE PAGOS DE CÁNONES ARRENDATICIOS DE INMUEBLES PARA EL USO COMERCIAL POR LA CUARENTENA DEL AÑO 2020

1. Análisis temporal del hecho suspensivo. En fecha 23 de marzo del año 2020 el presidente de la República Bolivariana de Venezuela dictó el Decreto Número 4.169, dentro del cual se dicta el identificado como Decreto Número 3, mediante el cual se suspendió el pago de los cánones de arrendamientos de los inmuebles, ubicados en la república, cuya destinación fuere el uso comercial y de vivienda².

Su justificación está referida, según sus considerandos, a la pandemia causada en el mundo con el tema del COVID-19; las sanciones económicas que los Estados Unidos de Norteamérica (EEUU) han aplicado a empresas y personas que sostienen relaciones económicas con el gobierno que rige en el país como consecuencia de la elección presidencial del 20 de mayo de 2018; y se explica que tales razones han incidido para que se decrete una cuarentena que debiendo durar hasta el 13 de abril de 2020 ha sido prorrogado seis (6) veces y se extiende hasta el 12 de noviembre del mismo año.

Ahora bien, se explica en el decreto que esta previsión ante el virus origina una paralización de labores y gestiones que implica pérdidas económicas e imposibilidad económica para los arrendatarios, lo cual les impide cumplir adecuadamente con el pago de los cánones

¹ Sobre el decreto 4.169 en fecha 27 de julio de 2020 publicamos nuestras observaciones iniciales en el blog derechovenezolano.com. De modo que las anotaciones que hacemos ahora son una *addenda* a aquéllas.

² Gaceta Oficial número extraordinario 6.522 de fecha 23 de marzo de 2020.

y otros conceptos conexos con la relación arrendaticia, y el Estado surge en labor tuitiva para protegerlos y garantizar equilibrio en las relaciones contractuales, y así tratar de evitar la debacle económica de los arrendatarios.

Post scriptum (PS). Como se ha señalado supra la identificación del nuevo decreto extensivo es Decreto 4.279 del 2 de septiembre del año 2020, publicado en la Gaceta Oficial número 41.956; tiene el mismo objeto y fundamentos del que le precede.

2. Análisis particularizado del decreto suspensivo. Veamos ahora, a través del análisis de sus normas, el contenido y alcance del referido decreto.

Artículo 1° del decreto. Temporalidad. La suspensión de pagos se aplica para los cánones y otros conceptos crediticios que se causen durante el período que va desde que el decreto entró en vigencia, vale decir desde el 23 de marzo del presente año, hasta el 1° de septiembre del mismo año. Así se prevé en el primer artículo del referido decreto presidencial. En nuestra opinión su contenido requiere algunas precisiones, para su mejor comprensión y aplicación. veamos.

a) Suspensión no exención. Lo decretado es una suspensión de la obligación de pago, la cual afecta todo canon y deuda pecuniaria contractual que se causare entre la entrada en vigencia del decreto y el día 1° de septiembre del año 2020. Entonces el efecto del decreto es “suspender”, es decir, detener temporalmente una acción (obligación de pagos, al caso), pero no exonera de la obligación.

La literalidad de la norma significa que el período excede de seis (6) meses efectivos, en cuanto comprende a cánones y otros conceptos dinerarios que se verifican durante la vigencia temporal de aquél³, y cuyos efectos superan temporalmente los seis meses. Es decir, desde las dos últimas semanas de marzo al primer día de septiembre del año 2020 inclusive. He allí el efecto *ex nunc* del decreto.

Pero, sus consecuencias se incrementan aún más cuando observamos que el decreto se hace extensivo a los cánones que se encontraran insolutos previo a la entrada en vigencia del decreto, según el único aparte del artículo en análisis. He allí el efecto *ex tunc* del decreto.

En la vida práctica esto último efecto significa que los arrendatarios ya morosos al 23 de marzo tienen una vía para amoldar sus eventuales pagos a las modalidades de “acuerdo reglado” que prevé tanto el decreto como los instructivos que referiremos *infra*. A tales fines véase el análisis del artículo 3 del decreto, en lo relativo al **consenso** y los **modos de cumplimiento** de las obligaciones que permanezcan suspendidas.

PS. El plazo de duración de este decreto va del 1° de septiembre de 2020 al 1° marzo de 2021. Todas las obligaciones que nazcan dentro de estas fechas, ambas inclusive, estarán en estado de suspensión; verbigratia, el canon de arriendo de inmueble comercial o de vivienda que se genere el 1° de marzo de 2021 está beneficiado por la norma en análisis. Su contenido y alcance beneficia incluso a los morosos que estuvieron en esa situación para el 23 de marzo del año 2020, lo cual refleja una injusticia y un altísimo daño al sector arrendaticio al desestimular, una vez más, el arriendo por un exceso de afán justiciero.

³ Esta redacción “En el plazo previsto en este artículo...” y que el plazo previsto en el encabezamiento de la norma señala “Se suspende hasta el 1° de septiembre el pago...”, así como en su artículo 8 indica que entrará en vigencia a partir de la publicación en la gaceta oficial (23 de marzo), significa que el plazo no es exactamente de seis (6) meses, sino un lapso mayor, en cuanto a los conceptos económicos que se verificarán, y se harán exigibles durante este período.

b) Ámbito de aplicación en relación al uso del bien inmueble. El decreto se aplica a los arriendos para uso comercial, sus conexos y para uso residencial o de vivienda, ora que el arriendo sea por la integridad del inmueble ora sea por parte de éste.

Sobre los asuntos ¿qué es actividad comercial/conexa y qué es vivienda? haremos las siguientes breves consideraciones:

Su aplicación en torno a la Ley de Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda (LRCAV). debemos señalar que la presente investigación se centra en torno a los inmuebles destinados al uso comercial, por lo cual el tratamiento del concepto “vivienda” será sólo referencial en esta primera parte de su contenido. Veamos.

Las disposiciones de la LRCAV, según su artículo 1 específicamente, aplica para inmuebles que se dan en arriendo para el uso de vivienda; en el entendido que para su contenido y efectos la palabra vivienda no sólo se refiere al inmueble que sirve para hogar o morada, sino que se extiende a los usos que prevé el artículo 7, según detallamos de seguidas. Los inmuebles comprendidos en su regulación son los ubicados en las zonas urbanas y suburbanas (según dispongan las ordenanzas del municipio correspondiente), sin distinguir si el arriendo es sobre la totalidad o una parte del bien cedido en tal carácter. Finalmente, obsérvese que la ley en el mismo sentido que la LAI regula tanto el arrendamiento como el subarrendamiento de la cosa raíz, como señalan claramente los artículos 1 y 6 de la ley.

La ley enuncia su deseo de ampliar el contenido de su protección en cuanto al tipo de bien y uso que se le dé al inmueble, y para ello el legislador hace una interpretación auténtica, y define que se ha de entender por vivienda, y entonces en su artículo 4 habla de “...arrendamiento responsable de viviendas, pensiones, residencias o habitaciones...” (subrayados nuestros), para luego en el artículo 7 explicar tal concepto aumentativo y definir qué se entiende para todos los efectos de la ley como vivienda, asimilando al hogar ideas como la vivienda estudiantil, para indicar un espacio físico que se destina, bajo modalidad de arriendo, un lugar de morada del estudiante; la habitación, utilizando un criterio similar al de vivienda, pero con la característica que lo arrendado forma parte de un inmueble de mayor extensión y es utilizado como morada por el arrendatario y/o su familia; la pensión, cuando el espacio cedido forma parte de un conjunto de otras áreas destinadas para el mismo fin, que tienen zonas para servicios comunes, y se utiliza por períodos continuos, es decir no eventual ni discontinuado; la residencia, referida al arriendo de una habitación (cuarto o pieza, coloquialmente) que se utiliza como vivienda.

Esta característica obliga al intérprete, usuario o juzgador para resolver asuntos en los cuales sea discutida la naturaleza del uso del bien *sub litis* a tener presente que la idea del legislador sobre el término de marras es una concepción lo más amplia posible.

Su aplicación en torno a la Ley del arriendo de bienes para la actividad comercial (LRAIUC). De la conjugación de los artículos 1 y 2 podemos determinar que la misma se aplica a las relaciones arrendaticias en las cuales el **inmueble** dado para su uso, goce y **explotación económica** tendrá y tiene un uso comercial; y dado que la distinción entre la actividad comercial y el resto de las actividades económicas tiene capital importancia para determinar la ley que le sea aplicable al conflicto intersubjetivo, en acto o en potencia, y que ello conlleve al tipo de procedimiento aplicable en caso de ir al terreno administrativo o judicial, desde nuestra visión para entender el contenido y alcance de la LRAIUC por actividad (uso) comercial debemos hacer las siguientes disquisiciones:

1) **¿A qué actividad económica se aplica?** La LRAIUC está diseñada para ser aplicada para los “inmuebles destinados al uso comercial”. Así la ley en su artículo 1° claramente señala que su ámbito de aplicación se refiere al **arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial**.

2) **Actividades comprendidas.** En el artículo 2 se hace una interpretación auténtica de su contenido y leemos que la expresión **uso comercial** comprende tanto la **actividad comercial propiamente dicha** como la **prestación de servicios que forman parte del giro económico del establecimiento**; y que tanto la actividad económica como la prestación del servicio se desarrollan o prestan en o desde el inmueble arrendado⁴.

Para la comprensión de la distinción entre la actividad comercial, la de servicios y la industrial podemos recurrir al contenido de la norma prevista en el artículo 209 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM)⁵ para que su aplicación por analogía nos permita establecer las fronteras entre los distintos actos económicos de marras. La regla argüida prevé:

“... 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”. (Negrillas nuestras).

En la frecuente discusión tribunalicia sobre la actividad que se regula en el contrato de arriendo *sub litis*, esta norma legal puede constituir un elemento clave para la labor hermenéutica.

c) Sentido de la expresión “inmuebles de uso comercial” en el contexto de la suspensión de obligaciones. ¿Pueden extenderse los alcances del decreto N° 3 contenido en el Decreto N° 4.169, a los contratos de arrendamientos de inmuebles destinados a actividades económicas distintas a las comerciales? Obviamente estos son aquellos regulados por la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (LAI) (la cual rige para los arriendos de uso industrial, gremial, cultural, deportivo, educativo, servicios de salud entre otros). Desde nuestra óptica a ellos no se le aplica el contenido del decreto de suspensión del pago de cánones y otros conceptos dinerarios.

También hemos expresado previamente al analizar el “Ámbito de aplicación de la LRAIUC” que ésta está diseñada para ser aplicada para los “inmuebles destinados al uso comercial”; que ella en su artículo 1° dispone que su aplicación se refiere al **arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial**; así como que por tal entiende tanto la **actividad comercial propiamente dicha** como la **prestación de servicios**, y que estos necesariamente deben formar parte del giro económico del establecimiento. En ese sentido hemos expresado que el contenido del artículo 209 de la Ley LOPPM permite esclarecer qué es actividad comercial, y de este modo que no hay duda sobre qué entender por tal actividad.

⁴ Es importante detallar que el concepto *de prestación de servicios* a que se refiere la ley se refiere a esta actividad cuando la misma está ligada necesariamente a una actividad comercial, propiamente tal y principal. No es una prestación de servicios desligada de aquélla.

⁵ Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Gaceta Oficial número 6.015 de fecha 28 de diciembre de 2010.

Ahora bien, el derecho tiene un lenguaje técnico y su uso adecuado impide que se consolide un marasmo interpretativo, que conlleva al caos. En ese sentido el Decreto N° 3, contenido en el decreto N° 4.169 es muy claro, regulará el arriendo de inmuebles destinados al uso comercial, no todo uso económico. Desarrollemos un tanto esta opinión⁶.

Los arrendatarios de inmuebles cuyo uso sea para las actividades económicas que regula la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (LAI. relativa a los arriendos para los usos industriales, culturales, deportivos, educativos, recreativos, gremiales, etc.) no son beneficiarios de este decreto. Lo contrario implica un *maremágnum* jurídico ya que la voluntad del legislador fue amparar al comerciante (natural o colectivo) y a la actividad económica que éste desarrolla.

La expresión del legislador cuando redactó el decreto de marras es muy clara, no acepta duda alguna, se refiere a los inmuebles destinados al arriendo comercial o conexo y a la ley que se ocupa de esos asuntos, vale decir la LRAIUC.

Y, finalmente, no parece adecuada esta asimilación porque ante la claridad del instrumento legal en el contenido literal de los artículos 1 y 2 de esa ley aportan un extenso y claro desarrollo de lo que debemos entender por actividad comercial; de modo que no podemos lanzar por la borda toda la construcción que hace el citado texto legal para definir lo que debemos entender por comercio y ahora pretender hacerla extensiva a **otras actividades económicas –en ningún caso actividades comerciales–** y que se encuentran reguladas por la LAI. Sumemos a ello que esa suerte de “amnistía en materia arrendaticia”, sólo contribuirá aún más a la evidente parálisis económica del país⁷.

PS. es necesario ratificar nuestra tesis según la cual los arriendos regulados por la LAI (contratos de inmuebles de uso industrial, gremial, cultural, deportivo, educativo, entre otros) no tienen el beneficio de la ley.

En auxilio de esta postura reiteramos el contenido semántico del artículo 1° cuando expresa “...el pago de los cánones de arrendamientos de inmuebles de uso comercial y de aquellos utilizados como vivienda principal...”. De modo que la voluntad de la ley ha sido ratificada en todas sus partes, sólo para inmuebles destinados al uso de vivienda o comercial, en el entendido del sentido que la LRCAV y la LRAIUC conceden a los bienes sobre los cuales se las aplica.

d) ¿Cuáles son los conceptos que incluye la expresión “**otros conceptos pecuniarios acordados en los respectivos contratos de arrendamiento inmobiliario**”? En el único aparte de este artículo se prevé con relativa claridad los conceptos cuyo pago queda suspendido, y se explica qué estos son “...los cánones de arrendamiento que correspondan (al período señalado), ni los cánones vencidos a la fecha (23 de marzo del 2020) aún no pagados, ni otros conceptos pecuniarios acordados en los respectivos contrato de arrendamiento inmobiliario” (paréntesis y subrayados nuestros).

⁶ Sobre esta idea seguiremos de cerca la opinión que, sobre algunos aspectos del decreto y de forma conjunta con la colega Mayela Fonseca Chiquito, expresamos a la Cámara Inmobiliaria del Estado Carabobo (CIEC), en escrito de fecha 14 de abril de 2020.

⁷ En estos días la diatriba mundial gira en torno a los partidarios del recrudecimiento de la cuarentena, bajo el temor del Covid 19 y quienes piden la reactivación de los procesos productivos so pena de una involución y retraso en la vida económica mundial. En Venezuela se presenta un caso extraño ya que el gobierno mantiene una cuarentena en un país cuya información oficial sobre los alcances y efectos del virus se producen bajo una absoluta opacidad.

Ahora bien, en cuantos a los cánones arrendaticios hemos señalado previo que incluyen los que se encuentren insolutos a la fecha de entrada en vigencia al decreto y los que se causaren durante la vigencia de éste, pero la expresión “conceptos pecuniarios” es un término indefinido al cual debemos procurar darle alguna caracterización⁸. Veamos.

Partamos del concepto previo que la expresión “obligaciones pecuniarias” hace referencia a aquellas que al contraerse (convenio o acuerdo, como concepto trascendental en la institución del contrato) tienen como propósito el pago⁹ de alguna obligación a través de una suma de dinero.

Por antonomasia, la expresión calza en el pago de los cánones arrendaticios (pagos periódicos por el uso, goce y disfrute de la cosa arrendada), pero que en esta parte del estudio no son el objeto de interés, sino lo otro, es decir, los conceptos pecuniarios pactados como obligaciones distintas de aquéllas.

Es cierto que en ese aspecto los términos de la redacción son ambiguos. Su redacción se presta a diversas interpretaciones. Por ello, ante la duda de si el concepto está o no suspendido temporalmente, podemos entender que no y la obligación de pago seguirá recayendo en el arrendatario; o, por el contrario, que sí está en suspenso y ello libera a éste del pago en forma temporal. Ante la duda razonable, utilizaremos dos métodos interpretativos; a saber, el primero la voluntad del legislador o creador de la norma, cual estuvo fundada sobre la idea de auxiliar al arrendatario que ha sufrido “...para materializar el pago de los cánones de arrendamiento...” (tercer considerando del decreto), o como se prevé en el artículo 3 “...En ningún caso, podrá obligarse al arrendatario o arrendataria a pagar el monto íntegro de los cánones y demás conceptos acumulados ...”, esta expresión está equipando los conceptos en cuanto a estar en estado de suspenso; en segundo lugar, utilizaremos el principio del *in dubio pro arrendatoris* para entender que tales conceptos (necesariamente pactados como obligación del arrendatario en el contrato, y pagaderos a *posteriori*, en iguales modos y circunstancias que la obligación principal de pago de los cánones) quedan en estado de suspenso en igualdad de condiciones con el pago del canon arrendaticio, como un modo de contribuir con el arrendatario en la carga económica.

En estos rubros, de pagos suspendidos por el decreto de marras, podemos incluir los servicios públicos o privados que se prestan al inmueble objeto del arriendo (tales como agua, energía eléctrica, gas, telefonía, servicio de internet o cuotas de condominio o gastos comunes en inmuebles de uso comercial), cuyo pago fue asumido contractualmente por los arrendatarios y cuyo beneficio es directo a él como poseedor inmediato; e, igualmente incluimos conceptos económicos que paga el arrendatario, caracterizados por beneficiar de manera exclusiva al arrendador, tales como los intereses de mora, las cláusulas penales, porciones del monto acordado como garantía que se encontraran pendientes de pago (entrega o consignación), y otros de similar naturaleza, siempre que su origen sea contractual.

En nuestra opinión, y salvo pacto expresado anteriormente o con ocasión de la actual circunstancia, durante el plazo de suspensión decretado los arrendadores deberán asumir el pago de los servicios públicos o privados que se prestan a los inmuebles objeto de arrendamiento, cuotas de condominio y gastos comunes para el caso de inmuebles

⁸ Continuamos en la línea de opinión que expresamos en el informe que, conjuntamente con la colega Mayela Fonseca Chiquito, expusimos a la CIEC.

⁹ El pago como fórmula de extinción de las obligaciones, como señala el artículo 1.282 del Código Civil.

destinados a uso comercial (cuyo beneficio directo lo reciben los arrendatarios); e igualmente aquellos que benefician de manera exclusiva al arrendador, tales como los intereses de mora, las cláusulas penales, porciones del monto acordado para ser entregados como garantía que se encontraran pendientes de pago.

Ello por cuanto el cumplimiento de tales obligaciones, de las más diversas especies, no fue excluido por la norma citada, es decir, que en ella no se expresó que tales obligaciones deberían continuar siendo cumplidas, durante el plazo de suspenso, por los arrendatarios.

PS. Es importante destacar que en la LRCAV el pago de las cuotas condominiales son obligaciones del arrendador, y no puede ser atribuida al arrendatario, ello por expresas disposiciones de la ley en sus artículos 33, 35 y 36. Con la observación que cuando la ley habla omnicomprendivamente de los “gastos comunes”, en el artículo 36 in fine tal obligación recaerá, de modo excepcional, en el arrendatario cuando se trate de un inmueble de uso unifamiliar, en el cual haya servicios para ser pagados por los ocupantes de varias edificaciones.

Ello significa que la suspensión en el pago de “otros conceptos pecuniarios” a que se contrae el decreto en estudio, sólo aplica siempre para los acordados en el arriendo de inmuebles de uso comercial, y en el sector vivienda cuando la obligación de pago por el arrendatario haya sido excepcionalmente acordado por las partes contractualmente.

¿Puede el arrendador cobrar intereses de mora a los montos que se le paguen una vez finalizada la suspensión? Desde nuestra óptica no. Una interpretación en sentido contrario torpedearía la intención, el espíritu y la razón que animó al legislador al momento de dictar la norma. Es cierto que éste no fue explícito al respecto, ni lo ha sido la SUNDDE para desarrollar el contenido y alcance del decreto, pero muy por el contrario la SUNAVI¹⁰ en la Resolución Número 023, de fecha 24 de enero de 2020, la consultoría jurídica del despacho del ministro del Ministerio del Poder Popular Para Hábitat y Vivienda (MPPHV) en su artículo 6 prevé “Los montos acordados por cualquiera de las diferentes modalidades de pago previstas en la presente Resolución, no podrán ser incrementados por intereses moratorios o cualquier otra modalidad compensatoria”; determinación ésta que la aplicación del principio *in dubio pro arrendatoris*, la lógica y la prudencia recomienda hacer partícipe del área mercantil o comercial. De modo que nuestra respuesta a la interrogante es negativa.

Artículo 2° del decreto. Esta norma sublegal “suspende” por un período de seis (6) meses¹¹, contados a partir del 23 de marzo del año 2020, lo cual implica que será hasta el 23 de septiembre del 2020, el ejercicio del derecho del arrendador de demandar en el caso de inmuebles de uso comercial por el literal “a” del artículo 40 LRAIUC, es decir “...Que el arrendatario haya dejado de pagar dos (02) cánones de arrendamiento y/o dos (2) cuotas de condominio o gastos comunes consecutivos...”; que en el caso del uso de vivienda será aplicable a todas las causales previstas en el artículo 91 LRCAV.

En este último caso la suspensión aplicará cuando el inmueble sea “vivienda principal”, como hemos señalado. Ahora bien, la Ley Contra los Desalojos y Desocupaciones Arbitrarias

¹⁰ Gaceta Oficial número 41.852 de fecha 1° de abril de 2020.

¹¹ Es clara la diferencia en la redacción de las dos (2) normas (Arts. 1 y 2) en cuanto a los efectos temporales y aplicación. Dada la ausencia de explicación en el contenido del decreto no se logra entender el porqué la diferencia de redacción y alcance.

(LCDDAV) fue la primera ley que identificó el concepto cuando en su artículo 1° ampara a los ocupantes (con independencia la relación jurídica o fáctica que le lleva a la tal condición) de una “vivienda principal”, más no le define. Ahora bien, en la antes citada Resolución Número 023 del Ministerio del Poder popular Para Hábitat y Vivienda (MPPHV)¹², en su párrafo único del artículo 1° identifica como tal “...aquella vivienda la cual se encuentra habitualmente ocupada de forma permanente, y que las partes demuestren ante la Superintendencia Nacional de Arrendamientos de Vivienda”.

Digamos también que lo acordado en el decreto presidencial es una limitación al derecho constitucional de acción y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 26 de la carta magna¹³. Tan es así que sería tema de discusión si la afectación del derecho significa para el funcionario público o juez que recibe la solicitud de trámite o demanda varias posibilidades, a saber, a) negarle la entrada a trámite; b) darle entrada al tribunal y negar la admisión; y, c) finalmente darle entrada y diferir el pronunciamiento sobre la admisión o negación de la demanda hasta tanto termine el estado de suspensión.

En el segundo caso, podemos preguntar ¿cuál sería la causal de la inadmisión?, por cuanto no calzaría en ninguno de los supuestos del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil (CPC), a saber que sea contraria al orden público, a las buenas costumbres o una disposición expresa de la ley. Más allá de las imposición material que, probablemente, veamos el asunto revela temas de interés para el derecho y la necesidad de una revisión del sistema de justicia que tenemos e incluso de lo proyectado a la fecha para su reforma.

Artículo 3° del decreto. Esta norma se refiere a los modos como las partes resolverán lo relativo al pago de los montos adeudados por concepto de cánones y otras obligaciones pecuniaras, una vez haya vencido el período comprendido entre el 23 de marzo de 2020 y el 1° de septiembre de 2020. Veamos *grosso modo* su contenido y tratemos de comprender sus alcances.

El consenso. Identificada esta fórmula como aquella propuesta en la cual todos estarán de acuerdo, aunque no satisfaga totalmente las pretensiones *ab initio* de cada uno. Según la norma en comentario se insta a las partes a buscar fórmulas consensuadas para conseguir el modo de cumplir con las obligaciones dinerarias del arrendatario que estaban suspendidas en su cumplimiento.

Modos de cumplimiento. El artículo les propone a las partes de modo genérico utilizar parámetros (modos) de reestructuración (reorganizar los pagos de modo distinto el cumplimiento pactado según el contrato, respetando los límites de montos que la misma norma señala) o refinanciamiento (lo cual implica la modificación de términos o lapsos para el cumplimiento).

En tal sentido y ante la inacción de la **SUNDDE** para dictar normas reglamentarias o resolutorias sobre el desarrollo del decreto N° 3, contenido en el decreto N° 44.169, debemos recurrir otra vez a la Resolución número 023 que dictó el **MPPHV**, en cuyo artículo 2 se explicita las modalidades para de lograr el consenso e identifica los siguientes **a) reestructuración; b) pagos graduales y progresivos; c) pago de doble mensualidades; d) pagos especiales; y, e) ante la ausencia del acuerdo las mesas de conciliación.**

¹² Gaceta Oficial número 41.852 de fecha 1° de abril de 2020.

¹³ Tanto la constitucionalidad de esta medida, el análisis si nuestro sistema legal estaba preparado para una crisis de tanta magnitud como la que está aconteciendo, como las previsibles consecuencias en el congestionamiento judicial –así como por otras razones relacionadas con la inoperatividad de nuestra sistema judicial– son asuntos que exceden el objetivo de este ensayo. En razón de ello hacemos mutis sobre los mismos.

PS. Debemos entender que el plazo renovado es del 1° de septiembre de 2020 al 1° de marzo de 2012.

Prohibición de pago inmediato e intereses. El legislador niega toda posibilidad que se pueda obligar al arrendatario a pagar en un ciento por ciento (100 %) la sumatoria del todo adeudado en una sola porción. Y, en cuanto al pago de intereses remitimos a la opinión expresada al literal “c” del análisis del artículo 1° realizado *supra*.

Artículo 5° del decreto. Esta norma señala reglas, algo complicadas en su redacción, que permite afirmar que señala dos (2) circunstancias, a saber, a) ¿cuándo la suspensión de pago de las obligaciones contractuales no aplica?: cuando los establecimientos comerciales desarrollan actividades que por su naturaleza deberán seguir operando durante la cuarentena, tales como farmacias, mercados, supermercados, estaciones de suministro de gasolina¹⁴ y otros de similar naturaleza denominados prioritarios; y, b) ¿cuándo habiendo sido aplicada la suspensión ésta debe cesar? cuando por resolución legal la actividad a que se contrae la explotación económica del establecimiento, estando en suspenso al inicio de la vigencia del decreto de marras, se permite luego la reiniciación de la actividad comercial.

Lógicamente las fórmulas de consensos de pagos en el segundo caso señalado serán aplicables dentro de los parámetros que hemos señalado en el estudio del contenido y alcance del artículo 3.

PS. Durante el devenir del decreto 4.169 del 23 de marzo del año en curso el ejecutivo nacional ha implementado como parte de la política para la cuarentena un régimen de liberalidad y restricción denominado siete por siete (7 X 7), según el cual durante siete (7) días se permite la apertura al público de algunos locales y rubros comerciales por ese periodo (no incluye los que no pueden ser suspendidos por la actividad que desarrollan, como farmacias, mercados, supermercados, estaciones de suministro de gasolina y otros de similar naturaleza denominados prioritarios) y luego, por siete (7) días sólo pueden laborar los insuspendibles. Pues bien, además de las inmensas dudas que ese “endógeno” modo de enfrentar la pandemia genera, las cuales se fortalecen con el crecimiento exponencial que aquélla presenta y mantiene a la fecha en Venezuela, también las crea en torno a la aplicación del beneficio de la suspensión para los que tienen el derecho (posibilidad, no necesariamente concreción) de abrir sus negocios y obtener ingresos. Veamos algunos detalles.

El artículo 5 señala:

“La suspensión a que se refiere este Decreto será desaplicada en aquellos casos de reinicio de la actividad comercial, con anterioridad al término máximo previsto en este Decreto...” (Subrayados nuestros).

El sistema de rigidez y flexibilización implica un modelo mixto que permite, sin menoscabo del distanciamiento social, el cuidado del contacto y el lavado de manos, el reinicio y la paralización intermitente de la actividad productiva. Verbigratia, el régimen de flexibilización que implementa el gobierno de la semana que va del 7 de septiembre al 13 del mismo mes autoriza la apertura de negocios y servicios dedicados a los siguientes rubros: transporte público, plomeros, refrigeración y centros comerciales; gimnasios y eventos deportivos; ópticas, papelerías y librerías, fábrica de electrónica y electrodomésticos; consultas médicas y odontológicas; registros y notarías; construcción; talleres mecánicos, venta de autopartes, servicios de encomiendas, seguros, mercado de valores y banca; pelu-

¹⁴ En la práctica una labor de casi nulo desarrollo por la carencia en estos tiempos del combustible en el país.

querías, industria de materia prima y química, textil y calzado; ferreterías y cerrajerías; reparaciones electrónicas, comercializadoras de textiles, calzado, talleres de costura, lavanderías y tintorerías; veterinarias; autolavados, heladerías y cafeterías; y, autocines. Los mismos están distribuidos en un horario diurno que comprende desde las 7 a m a las 11 p. m, según el tipo de actividad o servicio.

Entonces, ciertamente, estamos en presencia en el segundo supuesto de inaplicación del beneficio, que en julio señalamos como “...b) ¿cuándo habiendo sido aplicada la suspensión ésta debe cesar? cuando por resolución legal la actividad a que se contrae la explotación económica del establecimiento, estando en suspenso al inicio de la vigencia del decreto de marras, se permite luego la reiniciación de la actividad comercial”. Sin duda para el arrendatario que tiene la opción de abrir su negocio por el hecho del príncipe, independientemente que lo haga o no, desaparece el beneficio del decreto y renace la obligación de pagar los cánones arrendaticio desde el momento en que fue favorecido con la posibilidad de reiniciar su actividad comercial.

Esta circunstancia debería llevar al ejecutivo nacional a aclarar esta situación y propender a una salida más apegada al derecho y la justicia.

3. Conclusión provisional. A la fecha estamos aún inmersos en la aplicación de tanteo del decreto presidencial. En nuestra experiencia profesional vemos que los contratantes han recibido el “beneficio” con cierta aprehensión y optado por algunas soluciones que, en escasos casos, ejecutan la suspensión de pago de manera absoluta; muy por el contrario, escogen la rebaja en el monto a pagar por concepto del canon, casi nunca dejan de pagar las cuotas condominiales y de servicios, y en todo caso prefieren suspender sólo el canon arrendaticio.

De modo que la propuesta del decreto no ha contado con una aceptación plena en el ámbito comercial, cuyos integrantes tienen un sentido de cumplimiento y comportamiento ante las dificultades económicas que el COVID-19 (y algunas circunstancias coetáneas como la falta de combustible vehicular), distinto del pretendido con la solución radical que el ejecutivo nacional propone con su determinación legal.

Tal conducta revela, desde nuestra visión, un sentimiento de comprensión de la actividad económica y la necesidad de preservar la actividad y la posibilidad de tener inmuebles destinados al arriendo para el desarrollo de la labor comercial.

En todo caso al adentrarnos en el discurrir de su aplicación y el modo como la suspensión se relacione (actuando con o siendo afectado) con el virus, la cuarentena, el tema energético y el económico en que se encuentra ahora la república, iremos viendo el desarrollo y vigencia efectiva del decreto de marras.

PS. Luego de vencido el plazo máximo inicial que el decreto suspensivo concedió ratificamos nuestras observaciones iniciales, en tanto los “beneficiarios”, en el ámbito comercial al menos, no han utilizado de modo masivo la figura, y en todo caso han optado por la negociación atendiendo a las realidades de los distintos rubros y posibilidades reales del cumplimiento de las obligaciones.

En estos momentos el país se encuentra inmerso en la etapa más crítica de la pandemia y las propuestas del ejecutivo nacional no responden a realidades científicas sino políticas, lo cual contribuye al crecimiento exponencial de aquélla y, a la larga, afecta al sector económico nacional.

CENTRALIZACIÓN DE LA PARAFISCALIDAD O “RASPADO DE OLLA”

Juan Cristóbal Carmona Borjas

Abogado

Resumen: *Dada la crisis financiera que registra actualmente el Estado venezolano, el Ejecutivo Nacional se vio en la necesidad de revertir, parcial y temporalmente, los efectos del entramado normativo dictado en los últimos años, en virtud del cual impone obligaciones patrimoniales, generalmente de carácter tributario, cuyo producido no ingresa al Tesoro Nacional y es administrado al margen de la Ley de Presupuesto de la República, a las que ha etiquetado de “parafiscales”. Tal reversión supone que el 70% de ese producido se redirija a la República por parte de sus destinatarios originales, generalmente empresas del Estado, Institutos Autónomos y Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica, lo que pone en evidencia los efectos negativos de las rigideces que supone el uso indiscriminado de la parafiscalidad, generando adicionalmente un peligroso vacío respecto del uso a serle conferido a tales recursos y la debida atención de los gastos a los que estaban originalmente destinados.*

Palabras Clave: *Parafiscalidad, presupuesto de la Nación.*

Abstract: *Due to the financial crisis existing within the Venezuelan State, its National Executive Branch was forced to revert, partially and temporarily, the effects of numerous pecuniary obligations imposed during the last years, generally qualify as taxes, but managed aside of the National Treasury and the Public Budget Law, such actions are denominated as “parafiscal measures”. First, the commented decision implies that 70% of the public funds derived from such measures must be delivered to the Republic by their original beneficiaries (public enterprises, autonomous bodies, or separate public funds). This decision also shows, on one side, the negative effects of the indiscriminate use of parafiscal measures due to the lack of flexibility they imply and, on another side, the dangerous gap created by the difference between the new use of such funds and the expenses they were originally intended to cover.*

Key words: *Parafiscal, national budget.*

En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.956 de fecha 2 de septiembre de 2020, apareció publicado el Decreto Presidencial N° 4.278, mediante el cual se establecen mecanismos excepcionales para la optimización y seguimiento de los ingresos que perciban los servicios desconcentrados o servicios autónomos y entes descentralizados funcionalmente de la República con o sin fines empresariales.

El referido decreto es dictado en el marco de la declaratoria de Estado de Excepción y de Emergencia Económica, en virtud de que se considera necesario crear mecanismos que coadyuven a la centralización de los recursos obtenidos a través de la llamada “parafiscalidad”, en aras de optimizar su uso y garantizar la efectiva atención de las necesidades inmediatas del pueblo venezolano.

En virtud de la medida adoptada, cuya validez no evaluaremos en esta oportunidad, resulta obligatoria la remisión al Tesoro Nacional del 70% de los ingresos percibidos por los Institutos Autónomos, empresas del Estado y Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica (SASPJ), como resultado de su gestión, de la prestación de servicios, realización de actividades o cumplimiento de su objeto.

Se excluyen de aquella medida a PDVSA y al SENIAT, quedando este último encargado, además, de su cabal cumplimiento, para lo que habrá de dictar la normativa correspondiente.

Entendemos que la transferencia al Tesoro Nacional del 70% de lo producido por los distintos destinatarios del decreto, aplicará respecto de lo que se recaude a partir de su vigencia y su plena implementación.

La particular decisión del Ejecutivo Nacional es una clara evidencia de la inocultable crisis que registran las finanzas públicas en el país, una de cuyas causas radica, precisamente, en la muy cuestionada política adoptada a partir del año 2005 de imponer indiscriminadamente obligaciones dinerarias sobre el sector empresarial, con miras a promover sectores específicos de interés general.

La particularidad de tal política radicó, no sólo en las cargas dinerarias que la misma supone, sino también, en el manejo administrativo de su producido a través de regímenes presupuestarios especiales o paralelos al aplicable a la República, bajo el pretexto de asegurar mayor efectividad en la consecución de los fines perseguidos.

Se crearon así, poco más de veinte obligaciones de aquel tipo que, aunadas a las históricamente existentes, superan actualmente las tres decenas, sin incluir en ese cómputo, las tasas que han de pagarse a empresas del Estado e Institutos Autónomos a cuyo cargo están la prestación de servicios públicos o la administración de bienes del dominio público.

En unos casos, corresponde la disposición de lo recaudado por tales conceptos a SASPJ, quedando afectados a fines preestablecidos, sin que sea posible, en condiciones ordinarias, cambio alguno de su destino. En otros, especialmente, en materia de tasas, su recaudación y administración corresponde a empresas del Estado o a Institutos Autónomos que tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, distintos a los de la República.

Son fuentes de ese tipo de recursos y prácticas, entre otras, la Ley Orgánica de Ciencia Tecnología e Innovación; Ley Orgánica de Drogas; Ley Orgánica del Deporte, Actividad Física y Educación Física; Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión; Ley Orgánica de Telecomunicaciones; Ley Orgánica de Turismo; Ley de Cinematografía Nacional y Ley de INCES.

Especial mención merecen, adicionalmente, las cotizaciones y aportes efectuadas por trabajadores y patronos a los distintos subsistemas de la seguridad social, que con excepción a los administrados por el BANAVIH (Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda) forman parte del patrimonio de la Tesorería de la Seguridad Social o del IVSS, ambos institutos autónomos.

Finalmente, puede encontrarse un amplio universo de empresas del Estado e Institutos Autónomos dedicados a la prestación de servicios públicos y a la administración de bienes del dominio público con ocasión a las cuales cobran tasas, entre ellas, BOLIPUERTOS, INTT e IAIM.

La creación de este tipo de obligaciones que se traducen en ingresos públicos de diversa naturaleza, muchos de ellos de carácter tributario, ha sido duramente criticada, entre otras razones, por la que pareciera haber impulsado la medida de emergencia adoptada a través del

Decreto N° 4.278, las rigideces presupuestarias que suponen, que impiden elaborar y ejecutar el Presupuesto de la Nación, de manera que responda a las verdaderas necesidades que cada ejercicio demanda.

Independientemente de lo justificadas o no que puedan ser las razones de la urgente medida adoptada por el Ejecutivo Nacional y la validez jurídica que pueda encerrar, los términos tan amplios y genéricos que la caracterizan, que tan solo excluyen a PDVSA y al SENIAT, suscitan gran preocupación en cuanto al destino que tendrán en el futuro inmediato los sectores favorecidos con los recursos parafiscales (ciencia, tecnología, deporte, seguridad social, formación técnica, etc.), pero muy especialmente, las implicaciones que la medida pueda tener en el caso de entes descentralizados funcionalmente, prestadores de servicios o a cuyo cargo está la explotación de bienes del dominio público que, en lo adelante, tan sólo conservarán el 30% de las tasas por ellos cobradas, que valga observar, desde hace tiempo resultan insuficientes para mantener los niveles mínimos requeridos para su buena gestión.

Más preocupante aun resulta el impacto que esta medida pueda tener en la ya precaria seguridad social dirigida a atender las más esenciales necesidades de los venezolanos.

La medida en comentario pone nuevamente en evidencia lo inapropiado que puede resultar el uso indiscriminado de la parafiscalidad, dadas las ataduras y limitaciones que supone para la gestión pública. Adicionalmente, la decisión adoptada confirma la grave crisis por la que atraviesan las finanzas públicas, que ha llegado al punto de que el Ejecutivo Nacional sacrifique lo relevante en busca de asegurar lo inmediato e impostergable. Esperemos que como resultado de tales valoraciones no terminen quedando incluidos los típicos gastos que con fines proselitistas tiende a incurrirse en los períodos preelectorales.

EL NUEVO PROYECTO DE LA LEY ORGÁNICA DE HIDROCARBUROS PRESENTADO POR LA COMISIÓN PERMANENTE DE ENERGÍA Y MINAS EN SEPTIEMBRE DE 2020

José Ignacio Hernández G.*

Abogado

Resumen: *El sector petrolero venezolano se encuentra ante una disyuntiva. La destrucción del sector y la ventana de oportunidades que ofrece el mercado internacional, exigen importantes inversiones de cerca de cien (100) millardos de dólares en un lapso de ocho (8) años. Esas inversiones deberán ser proveídas, al menos principalmente, por la inversión privada (como el propio régimen de Maduro lo reconoce). Para lograr ese objetivo, hay dos alternativas institucionales: la opción de la “Ley constitucional anti-bloqueo” y la opción de la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos. La primera opción, del régimen de Maduro, no ofrece ninguna ventaja competitiva en términos de certeza y protección de derechos económicos, con lo cual, no se trata de una opción institucional adecuada a las exigencias del sector. Por el contrario, esta opción responde a los mismos arreglos institucionales que, desde el 2016, han promovido solo soluciones precarias e inestables. La segunda opción, ofrecida por la Asamblea Nacional, brinda el marco institucional adecuado para promover la inversión privada, considerando las condiciones actuales del mercado petrolero internacional y de la industria petrolera venezolana. El proyecto de Ley Orgánica de Hidrocarburos presentado por la Asamblea Nacional en septiembre de 2020 introduce reformas institucionales razonables que facilitan la implementación de las nuevas políticas públicas petroleras, aunque este artículo recomienda mejorar la calidad de ciertos aspectos institucionales la reforma.*

Palabras Clave: *Ley Orgánica de Hidrocarburos, regulación de hidrocarburos, PDVSA, Agencia Venezolana de los Hidrocarburos, regalías, Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela.*

Abstract: *The Venezuelan oil sector is facing a dilemma. The destruction of the sector and the reduced window of opportunities offered by the international market require significant investments of about one hundred (100) billion dollars in eight (8) years. These investments must be provided, at least mainly, by private investment (as the Maduro regime itself recognizes). There are two institutional alternatives to achieve this objective: the “constitutional anti-blockade law” and the new Hydrocarbons Organic Law. The first option, offered by Maduro, does not provide any competitive advantage in terms of certainty and protection of economic rights; thus, it is not an appropriate institutional arrangement to promote private investment. On the contrary, this option follows the same institutional arrangements that, since 2016, have promoted only weak and unstable solutions. The second option,*

* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor Invitado, Universidad Castilla-La Mancha. Visiting Fellow, Center for International Development at Harvard.

offered by the National Assembly, provides the appropriate institutional framework to promote private investment -considering the current conditions of the international oil market and the Venezuelan oil industry. The project of Hydrocarbons Organic Law presented by the National Assembly in September 2020, introduces reasonable institutional reforms that facilitate the implementation of the new oil public policies, although the paper recommends improving the quality of some institutional reforms.

Key words: *Hydrocarbons Organic Law, hydrocarbons regulation, PDVSA, Venezuelan Hydrocarbons Agency, royalties, Hydrocarbons Law in Venezuela.*

INTRODUCCIÓN

La presente nota tiene como propósito desarrollar brevemente cuatro premisas y una conclusión, a propósito del proyecto de Ley Orgánica de Hidrocarburos preparado por la Comisión Permanente de Energía y Petróleos en septiembre de 2020 (referido como el “proyecto”):

- a) El colapso de la producción petrolera en Venezuela responde al inadecuado marco institucional impuesto desde el 2002, que debilitó la capacidad de producción petrolera de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) al tiempo que la capacidad del Estado venezolano igualmente se deterioraba.
- b) Recuperar la producción petrolera requiere importantes inversiones de capital que PDVSA –y en general, el Estado venezolano– no pueden asumir por (i) el colapso de los ingresos fiscales y (ii) la fragilidad del Estado.
- c) En función de lo anterior, las inversiones para la recuperación petrolera deben ser principalmente conducidas por la inversión privada, dentro del marco constitucional conforme al cual (i) los yacimientos de hidrocarburos son propiedad de la República y (ii) las acciones de PDVSA –o del ente creado para el manejo de la industria petrolera– no pueden ser transferidos al sector privado.
- d) El marco institucional de la vigente Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH) impide canalizar esas inversiones, pues legalmente las actividades de exploración y producción –y sus inversiones anejas– deben estar a cargo del Estado, al menos, mayoritariamente, lo que se extiende a los deberes de inversión.
- e) En conclusión, la recuperación de la producción petrolera requiere, como condición necesaria pero no suficiente, eliminar los obstáculos que derivan de la LOH, lo cual hace de manera adecuada el proyecto, aun cuando es preciso fortalecer la calidad de ciertas reformas institucionales adoptadas.

Para desarrollar esta reforma institucional, especialmente desde 2018, se trabajaron en tres propuestas:

- a) Introducir solo las reformas mínimas a la vigente LOH a través de la *Ley Ómnibus*. Más allá del alcance material puntual de estas reformas, lo cierto es que su impacto económico y político aconsejó su incorporación en un texto separado, para promover su mejor discusión y los consensos políticos necesarios para la aprobación de esas reformas.
- b) Las reformas puntuales podían introducirse en una modificación parcial de la LOH. Sin embargo, la promoción de la inversión privada –en el contexto de los cambios del mercado energético mundial– aconsejan una reforma más amplia, plasmada en una nueva Ley.

- c) Finalmente, las reformas fueron trabajadas en una nueva Ley, cuyo principio básico es reconocer el derecho de la inversión privada a realizar actividades de exploración y producción, sin menoscabo de las actividades a cargo del Estado, a través de PDVSA. Esta opción ha sido objetada al señalarse que no es necesario contar con un nuevo marco para implementar políticas públicas orientadas a la recuperación del sector, bastando la reforma parcial de la Ley vigente.

Cualquiera de estas opciones de técnica legislativa implicará una nueva etapa en la regulación de los hidrocarburos en Venezuela. A la fecha, esa regulación ha correspondido a dos etapas: la etapa propietarista y la etapa estatista. En la primera el Estado actuó como propietario de los yacimientos sin involucrarse mayormente en la gestión de las actividades; en la segunda, el Estado asumió –en monopolio– la gestión de esas actividades. Las opciones comentadas parten de un tercer modelo, basado en la interacción entre el sector privado y el sector público, reforzando el rol del Estado como regulador y no ya, exclusivamente, como prestador¹.

Este tercer modelo aparece profundamente influenciado por las condiciones actuales del sector de hidrocarburos en Venezuela y del mercado internacional. Por un lado, las políticas predatorias implementadas desde 2002, como luego se amplía, destruyeron la capacidad de producción al tiempo que socavaron la capacidad estatal. En estas condiciones, el Estado venezolano, a través de PDVSA, no puede cumplir las tareas que la LOH le asigna para recuperar la producción petrolera. Por el otro lado, el mercado internacional de hidrocarburos ofrece una ventana muy limitada de oportunidad para aprovechar el potencial de las reservas de hidrocarburos en Venezuela². La conjunción de estas dos realidades marca un determinante: la reforma de hidrocarburos debe orientarse a maximizar, en el corto plazo, el potencial de las reservas de hidrocarburos, como se concluyó en el *Plan País*³.

No quiere decir lo anterior que la recuperación económica de Venezuela y la atención de la emergencia humanitaria compleja deberán basarse exclusivamente en el sector de hidrocarburos. La destrucción del sector, las características del mercado internacional, y la dimensión única de la crisis venezolana, hacen que el sector de los hidrocarburos sea ya

¹ Para el análisis de esta nueva etapa, *vid.* Hernández, José Ignacio y Bellorín, Carlos, “The case for a new Venezuelan Hydrocarbons Law as the basis of a new Hydrocarbons Policy: unlocking the path for recovery, stabilization and growth”, en *The Journal of World Energy Law & Business*, Volume 12, Issue 5, October 2019, Pages 394-407, <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwz026>

² Como resume Igor Hernández “la Agencia Internacional de Energía espera que, si la demanda por petróleo y gas mantiene un crecimiento acumulado del 10% entre 2018 y 2040, las inversiones requeridas por año entre 2018 y 2025 tendrían que ser más del doble de las inversiones hechas en los últimos tres años. Por otro lado, algunas estimaciones hechas indican que Venezuela necesita al menos 20 mil millones de dólares por año para revertir la caída en producción y comenzar su crecimiento. Esto representaría cerca del 50% de los recursos que se espera que fluyan a América Latina en los próximos años” (“Hacia una reforma del sector de hidrocarburos en Venezuela”, *Prodavinci*, 20 de agosto de 2019, tomado de: <https://prodavinci.com/hacia-una-reforma-del-sector-hidrocarburos-en-venezuela/>).

³ Como se afirma en el punto 21 del *Plan País*, el acuerdo político avalado por la Asamblea Nacional con el compendio de políticas públicas necesarias para la recuperación de Venezuela, uno de los objetivos es maximizar “la producción de petróleo y gas, garantizando el mayor beneficio para la Nación. El aumento de la producción petrolera estará acompañado de planes de racionalización del mercado interno de los hidrocarburos, incrementando la utilización del gas natural y otras fuentes alternativas y renovables competitivas en usos donde sean viables y sustituyan hidrocarburos líquidos exportables, especialmente en los sectores eléctrico, industrial, transporte, servicios y residenciales”. Tomado de: <https://www.planpaisvzla1.com/acuerdos>

insuficiente, por sí solo, para apalancar la recuperación económica. Esto es, que el desarrollo en Venezuela no podrá depender ya, exclusivamente, del petróleo. Empero, esto no impide negar la relevancia económica que el sector tiene, en especial, para generar divisas y así, contribuir a paliar una de las restricciones determinantes en Venezuela, cual es el déficit de divisas⁴.

Así, tal y como ha observado el Banco Interamericano de Desarrollo⁵:

“(…) Se necesita avanzar con una nueva ley de hidrocarburos, en reemplazo de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, en vigor desde 2006. Con respecto al upstream, los pilares clave del programa son: i) mantener la propiedad estatal sobre las reservas de hidrocarburos, ii) atraer inversiones nacionales e internacionales al sector, iii) reestructurar PDVSA como una empresa petrolera pública competitiva, y iv) crear un regulador del sector que sea independiente (Agencia Venezolana de Hidrocarburos, AVH).

Será fundamental permitir un rol más amplio para la participación del sector privado en la exploración y producción de hidrocarburos, debido a la masiva inversión que será requerida para resucitar al sector”.

La reforma de hidrocarburos en Venezuela, además, debería cumplir con un objetivo que va más allá de la recuperación económica, cual es desmontar los arreglos institucionales del Petro-Estado en Venezuela, que socavan severamente las bases constitucionales del Estado de Derecho. Esos arreglos institucionales concentran funciones en el Poder Ejecutivo, tanto en su rol de operador y regulador del sector, como en su rol en la captura y distribución del ingreso petrolero. Las políticas predatorias implementadas desde 2002 concentraron esas funciones, fracturando el principio de separación de poderes. Por ello, y además de promover la inversión privada, la reforma de hidrocarburos también debería orientarse a desmontar estos arreglos institucionales, para contribuir así a restablecer la separación de poderes, y además, redefinir la relación entre Estado, sociedad y petróleo⁶.

El proyecto presentado por la Comisión Permanente de Energía y Petróleos de la Asamblea Nacional en septiembre de 2020 ofrece una síntesis importante de las diferentes propuestas realizadas, en especial, desde 2018, abordando de manera adecuada las reformas institucionales básicas para cumplir con el señalado objetivo. Hay diversos aspectos que requieren una revisión detallada -en especial, en lo referente al balance entre la iniciativa privada y la iniciativa pública, así como el reparto de competencias entre el Poder Ejecutivo, la Agencia y la Asamblea Nacional. Pero sin duda, el proyecto logra recoger la esencia de la nueva etapa de la relación entre hidrocarburos y Estado en Venezuela.

II. EL INADECUADO MARCO INSTITUCIONAL QUE LLEVÓ AL COLAPSO DE LA PRODUCCIÓN PETROLERA

Siguiendo, entre otros, los estudios de Espinasa-Sucre y de Monaldi-Hernández, puede concluirse que el colapso de la producción petrolera fue resultado del inadecuado marco

⁴ El déficit de divisas es consecuencia del sobreendeudamiento y del colapso de la producción petrolera, de la cual dependen la práctica totalidad de divisas de exportación. Luego, una condición necesaria -pero no suficiente- para atender esa restricción, es promover la recuperación del sector de hidrocarburos.

⁵ Abuelafia, Emmanuel y Saboin, José Luis, *Una mirada a futuro para Venezuela*, Departamento de Países del Grupo Andino, Washington D.C., 2020, p. 123.

⁶ Estas notas se enfocan solo en las reformas económicas. Pero es preciso también considerar cómo la reforma de la regulación de hidrocarburos puede contribuir a recuperar la separación de poderes y redefinir la relación entre Estado, sociedad y petróleo.

institucional adoptado desde el 2002, esto es, de las reglas –formales e informales– que el entonces Presidente Chávez impuso sobre el sector⁷.

En apretada síntesis, este es el resumen del marco institucional impuesto desde el 2002:

- a) *Politización de PDVSA*, esto es, el uso de PDVSA como simple instrumento al servicio del proyecto político del régimen de Hugo Chávez. Signo distintivo de ello fue el despido de miles de trabajadores de la empresa, lo que afectó severamente su capacidad profesional. Ello violó un principio constitucional básico: PDVSA como empresa pública, no puede estar al servicio de ninguna parcialidad política⁸.
- b) *Desviación del objeto de PDVSA*, que pasó de ser el ente técnico para el control de la industria petrolera nacional al ente de gestión de programas afines al modelo socialista impuesto por el régimen de Chávez. Ello igualmente violó la Constitución, que asigna a PDVSA un solo fin: el control de la industria petrolera a cargo del Estado, siempre de manera objetiva y técnica⁹.
- c) *Destrucción del marco institucional de la inversión privada*. El régimen de Chávez desconoció los contratos suscritos durante la llamada apertura petrolera y llevó la inconstitucional política de expropiación al sector, en especial, en los llamados servicios conexos. Además, aumentó arbitrariamente los ingresos fiscales petroleros del Estado por medio de una contribución por “ganancias extraordinarias”.
- d) *Desviación financiera de PDVSA*, en tanto la gestión financiera de esa empresa fue desviada para cumplir fines políticos del programa socialista. Cuatro elementos deben destacarse aquí: (i) la desviación del ingreso de PDVSA por exportaciones petroleras a fondos extra-presupuestarios violando el principio de unidad del tesoro¹⁰; (ii) la imposición de deberes a PDVSA de financiamiento a programas sociales; (iii) la imposición de obligaciones a PDVSA en el marco de acuerdos internacionales y (iv) el endeudamiento de PDVSA no relacionado a planes de inversión de la empresa necesarios para apalancar la producción petrolera¹¹.

⁷ Espinasa, Ramón y Sucre, Carlos, *La caída y el colapso de la industria petrolera venezolana*, Agosto de 2017, consultado en original, así como Monaldi, Francisco y Hernández, Igor, *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*, CID Working Paper N° 327, 2016. De Monaldi, véase recientemente: *The Collapse of the Venezuelan Oil Industry and Its Global Consequences*, The Atlantic Council, Marzo de 2018: <http://www.atlanticcouncil.org/publications/reports/the-collapse-of-the-venezuelan-oil-industry-and-its-global-consequences>

⁸ Artículos 141 y 145, Constitución de 1999.

⁹ Artículo 303, Constitución.

¹⁰ Esto fue posible, en primer lugar, debido a la violación de la autonomía del Banco Central de Venezuela con la reforma de su Ley de 2005. El resultado de ello fue permitir a PDVSA transferir divisas derivadas de exportaciones petroleras directamente al FONDEN, un fondo extra-presupuestario creado al margen del principio de unidad del tesoro. Desde la economía política, *vid.* Santos, Miguel Ángel, “Venezuela: Running on Empty”, *LASAFORUM, Volume XLVII, Issue 1*, 2017.

¹¹ Desde un punto de vista jurídico, *vid.*: Carmona, Juan Cristóbal, *Régimen jurídico de la actividad petrolera en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, pp. 177 y ss.

De manera especial, destaca el sobreendeudamiento de PDVSA no asociado al objeto de la empresa, todo lo cual llevó a una crisis económica que afectó la capacidad de pago y la continuidad operativa de los contratistas¹².

- e) *Ausencia de controles sobre PDVSA*, como resultado del desmantelamiento del Estado de Derecho. Ello derivó en la gestión ineficiente de la empresa y en especial, en su progresiva corrupción, todo lo cual igualmente violó los principios constitucionales que imponen que PDVSA debe obrar con sometimiento pleno al Estado de Derecho, como ente de la Administración Pública¹³.

Cabe insistir que lo anterior violó la Constitución, la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley contra la Corrupción, entre otras, al desconocer la autonomía de PDVSA y promover su politización¹⁴. Luego, estos cambios fueron solo posibles como resultado del desmantelamiento del Estado de Derecho, que al destruir el sistema de pesos y contrapesos, permitió al Gobierno disponer arbitrariamente de PDVSA y sus empresas filiales a los fines de consolidar su poder político y sus instrumentos de dominación social, menoscabando al mismo tiempo las garantías jurídicas de la propiedad privada de los inversionistas y contratistas del sector.

Tal marco afectó severamente la capacidad de PDVSA, al punto que de la mermada producción petrolera, la mayoría proviene de proyectos de empresas mixtas en los cuales participa la inversión privada.¹⁵

El régimen de Nicolás Maduro continuó con estas políticas predatorias, en especial, avanzando en la politización de PDVSA y, como se explica más adelante, promoviendo

¹² Según Acuerdo de la Asamblea Nacional de 27 de septiembre de 2016, “*la situación financiera de PDVSA es la de una entidad altamente endeudada con una deuda financiera de US\$ 43.716 millones y de US\$ 19.052 millones con proveedores, niveles estos significativamente mayores que lo adeudado en 1998*”. Cfr.: Half, Antoine, et al., *Code red: Venezuela's oil and debt crisis*, Columbia University Center for Energy Policy, 2018.

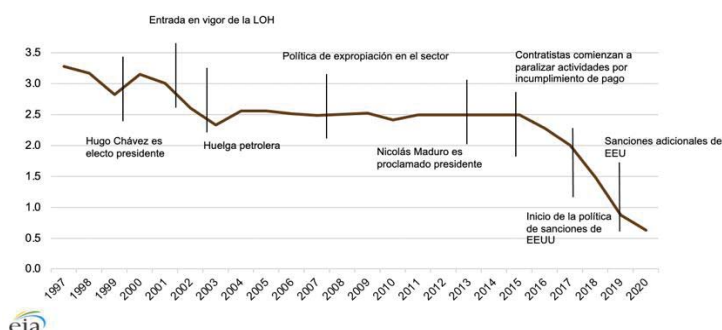
¹³ Artículo 141 de la Constitución.

¹⁴ Además de las normas ya citadas, cabe hacer mención a los artículos 2 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, 27 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y 6, 7 y 13 de la Ley contra la Corrupción. Véase en general, a Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018.

¹⁵ Monaldi, Francisco, *The Collapse of the Venezuelan Oil Industry, and Its Global Consequences*. cit. Véase también a Monaldi, Francisco, et al., *The role of foreign direct investment in resource-rich regions. The collapse of the Venezuelan oil industry: the role of above-ground risk limiting FDI*, Working Paper, Center for Energy Studies, Baker Institute for Public Policy-Rice University, febrero de 2020, tomado de: https://www.bakerinstitute.org/media/files/files/9ba44b2d/fdi-monaldi-venezuela_uSQ8FHh.pdf Siguiendo las fuentes secundarias reportadas por la OPEP, puede apreciarse el derrumbe de la producción petrolera de la siguiente forma. Cuando Hugo Chávez asumió la Presidencia, la producción rondaba los 2.809 miles de barriles diarios (mbd). Para 2006, cuando Chávez fue reelecto, la producción era de 2.595 mbd, y de 2.378 mbd cuando fue reelecto en 2012. A partir de ese momento, el derrumbe de la producción petrolera ha sido evidente: 1.911 mbd para 2017, y 732 mbd para marzo de 2019, para cuando el Presidente de la Asamblea Nacional, había sido ya reconocido como Presidente encargado de las República. En el *Reporte mensual del mercado petrolero* de 11 de noviembre de 2020, correspondiente a octubre, la producción venezolana estimada en fuentes secundarias fue de 367 mbd. Se advierte que las cantidades son globales y no discrimina entre la producción exclusiva de PDVSA y la producción a cargo de empresas privadas en el marco de los acuerdos vigentes en cada momento. El Reporte igualmente refleja que para octubre, *no había ningún taladro operativo en Venezuela* (que de 49 en 2017 pasaron a 25 a fines de 2019, y en el tercer trimestre de 2020).

acuerdos poco transparentes con ciertos inversionistas privados, al margen de la Constitución, muy en especial, luego del desconocimiento de las funciones de control de la Asamblea Nacional, en 2016¹⁶. Estas medidas, lejos de solucionar las restricciones institucionales, crearon nuevas restricciones a la producción. Ello coincidió con el avance de las sanciones económicas impuestas por el Gobierno de Estados Unidos, en especial, luego de que en enero de 2019 PDVSA fuese incluida en la lista de sujetos sancionados bloqueando con ello las operaciones con Estados Unidos y con personas de Estados Unidos¹⁷. Esas sanciones crearon restricciones adicionales pero en modo alguno puede concluirse que el colapso de la industria respondió a las sanciones¹⁸.

De acuerdo con información de la Agencia de Información Energética, el siguiente gráfico resume la caída de la producción petrolera en Venezuela y los principales eventos ocurridos:



Cuadro N° 1. Producción petrolera promedio de Venezuela, en millones de barriles por día.

Fuente: Agencia de Información Energética

Como se observa, la caída de la producción petrolera comienza a ser marcada a partir de 2015, como resultado de las políticas predatorias impuestas desde 2002. De no haberse impuesto sanciones en 2017, probablemente, la caída registrada entre 2015 y 2017 se habría mantenido quizás a un ritmo menor. En todo caso, la complejidad de la crisis en Venezuela dificulta medir el grado exacto de influencia de las complejas causas que han llevado al colapso del sector.

¹⁶ Amparado en el “estado de emergencia” en vigor desde 2016 –como parte de las medidas que desconocieron las facultades legislativas de la Asamblea Nacional– Maduro ha dictado Decretos que, al margen de la Constitución y la LOH, le otorgan poderes absolutos sobre PDVSA. Véanse el Decreto N° 44, sobre el *Régimen Especial y Transitorio para la Gestión Operativa y Administrativa de la Industria Petrolera Nacional* (Gaceta Oficial N° 41.390 de 4 de mayo de 2018) y Decreto N° 4.131, *mediante el cual se declara la emergencia energética de la industria de hidrocarburos*, (Gaceta Oficial N° 41.825 del 19 de febrero de 2020).

¹⁷ Desde 2017 el Gobierno de Estados Unidos ha impuesto prohibiciones a operaciones de PDVSA. La Orden Ejecutiva N° 13.857 de 25 de enero de 2019, incluyó al “Gobierno de Venezuela” y PDVSA, en los sujetos de la Orden Ejecutiva N° 13.692 de 8 de marzo de 2015, lo que en la práctica impuso una prohibición general para operaciones de PDVSA en Estados Unidos y, fuera de Estados Unidos, con personas de Estados Unidos.

¹⁸ Bahar, Danny et al., *Impact of the 2017 sanctions on Venezuela. Revisiting the evidence*, Policy Brief, Global Economy and Development at Brookings, mayo de 2019, tomado de: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/05/impact-of-the-2017-sanctions-on-venezuela_final.pdf

En resumen, como demuestra la literatura de Estados fallidos¹⁹, el colapso de PDVSA fue causado por decisiones políticas, a saber, el inadecuado marco institucional diseñado e implementado por el régimen de Chávez desde el 2002, que a través de políticas predatorias, afectó la capacidad de PDVSA.

II. LA INCAPACIDAD DEL ESTADO VENEZOLANO DE AFRONTAR LAS INVERSIONES DE CAPITAL NECESARIAS PARA RECUPERAR LA PRODUCCIÓN PETROLERA (Y LA PROPUESTA ALTERNATIVA DE LA LEY-ANTIBLOQUEO)

Detener y remontar el colapso de la producción petrolera requerirá –entre otras condiciones– de importantes inversiones de capital, estimadas en cien (100) millardos de dólares para ocho años. La recuperación de la producción, especialmente para aprovechar las cada vez más limitadas oportunidades del mercado petrolero internacional, es condición necesaria –no suficiente– para implementar el programa de recuperación económica y social del país²⁰.

El Estado venezolano no puede afrontar actualmente esas inversiones, al menos, por dos razones: (i) el colapso de las finanzas públicas y (ii) la fragilidad del Estado y de PDVSA para asumir las tareas asociadas al incremento de la producción. Es además importante recordar la necesidad de priorizar la limitada capacidad estatal para la atención de la emergencia humanitaria compleja, objetivo al cual deberán orientarse los programas de financiamiento y ayuda internacional.

Por lo tanto, las inversiones de capital deben provenir, al menos de manera preponderante, de la inversión privada. Pero el rol de la inversión privada no solo se limita a la inversión en capital. Además, el sector privado debe aportar la capacidad técnica para asumir las tareas necesarias para detener el colapso de la producción petrolera. En definitiva, reconstruir la capacidad del Estado en general y de PDVSA en particular, tomará más tiempo del necesario para recuperar la producción petrolera a los fines de implementar el programa económico de recuperación y de atención de la emergencia humanitaria compleja. Ante esa situación, la inversión privada puede contribuir a lograr objetivos de corto plazo.

El régimen de Maduro ha reconocido la necesidad de ampliar el rol de la inversión privada, al promover la transferencia de derechos asociados al sector de hidrocarburos del sector público al sector privado. Pero esto se ha realizado al margen de la Constitución y de la LOH, como parte de las decisiones a través de las cuales ese régimen ha desconocido las facultades de la Asamblea Nacional, instaurando en Venezuela un régimen *de facto*.

¹⁹ Rotberg, Robert, “Failed States, Collapsed States, Weak States”, en *State failure and State Weakness in a Time of Terror*, World Peace Foundation and Brookings Institution Press, Cambridge-Washington DC., 2003, pp. 1 y ss. Luego ampliado en “When States Fail”, en *When State Fail: Causes and Consequences*, Princeton University Press, 2004, pp. 1 y ss. Posteriormente, *vid.* Rotberg, Robert, “Odious and Failed States, Humanitarian Responses”, en Trauschweizer, Ingo and Miner, Steven (ed), *Failed states and Fragile Societies. A New World Disorder?*, Ohio University Press, Ohio, 2014, pp. 119 y ss

²⁰ La propuesta del Plan País se basa en la recuperación de la producción petrolera a aproximadamente 3.000 mbd, lo que requiere “atraer capitales privados de forma masiva, lo cual podrá lograrse con competitividad, eficiencia, un marco legal y fiscal que permita la participación ilimitada del capital privado, un sistema de regalías flexibles que incentive la inversión y la de seguridad jurídica a los inversionistas” (Plan País, “Reactivando la industria petrolera nacional”). La junta administradora ad-hoc de PDVSA ha estimado que la inversión en capital, a ocho años, podría ser de cerca de cien (100) millardos de dólares. *Cfr.*: *Principios para la recuperación de la industria petrolera venezolana y del gas*, noviembre de 2020 (consultado en original).

Bajo este esquema, por ejemplo, el régimen de Maduro promovió acuerdos de servicios petroleros contrarios a la LOH, así como la cesión de la participación en empresas mixtas sin control de la Asamblea Nacional²¹.

A este propósito responde, también, la llamada “Ley constitucional anti-bloqueo”, aprobada por la asamblea nacional constituyente en octubre de 2020. Más allá de la ilegitimidad de ese texto, su contenido demuestra que el propósito de Nicolás Maduro es promover acuerdos con la iniciativa privada al margen de los controles derivados en la Constitución²².

La promoción de la inversión privada en el sector de los hidrocarburos en Venezuela requiere un marco institucional estable y claro, que brinde confianza sobre la protección de los derechos económicos, y que además cree ventajas competitivas que incrementen el potencial de Venezuela, dentro del nuevo escenario del mercado energético global²³. Por ello, los arreglos institucionales que promueve Maduro son claramente insuficientes para lograr estos objetivos, que por el contrario, precisan de una nueva legislación, implementada además en condiciones funcionales del Estado de Derecho, como condiciones institucionales básicas para brindar confianza a la inversión privada en el sector.

El sector petrolero venezolano se encuentra ante una disyuntiva. La destrucción del sector y la ventana de oportunidades que ofrece el mercado internacional, exigen importantes inversiones en gastos de capital de cerca de cien (100) millardos de dólares en un lapso de ocho (8) años. Esas inversiones deberán ser proveídas, al menos principalmente, por la inversión privada (como el propio régimen de Maduro lo reconoce). Para lograr ese objetivo, hay dos alternativas institucionales: la opción de la “Ley constitucional anti-bloqueo” y la opción de la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos. La primera opción, del régimen de Maduro, no ofrece ninguna ventaja competitiva en términos de certeza y protección de derechos económicos, con lo cual, no se trata de una opción institucional adecuada a las exigencias del sector. Por el contrario, esta opción responde a los mismos arreglos institucionales que, desde el 2016, han promovido solo soluciones precarias e inestables. La segunda opción, ofrecida por la Asamblea Nacional, brinda el marco institucional adecuado para promover la inversión privada, considerando las condiciones actuales del mercado petrolero internacional y de la industria petrolera venezolana. El proyecto de Ley Orgánica de Hidrocarburos presentado por la Asamblea Nacional en septiembre de 2020 introduce reformas institucionales razonables que facilitan la implementación de las nuevas políticas públicas petroleras, aunque es necesario mejorar, en algunos aspectos, la calidad institucional de la reforma.

²¹ Véanse los Acuerdos de la Asamblea Nacional de 25 de septiembre de 2018, 8 de enero de 2019, 7 de abril de 2020, entre otros.

²² *Vid.*: Brewer-Carías, Allan R., “El último golpe al Estado de Derecho”, octubre de 2020, consultado en original: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/10/2131.-BREWER.-ULTIMO-GOLPE-AL-ESTADO-DE-DERECHO.-LEY-ANTIBLOQUEO.-18OCT-2020..pdf>

²³ Como explicamos, Venezuela deberá competir con la región en la ventana de oportunidades que ofrece el mercado energético mundial. Las condiciones naturales de Venezuela crean oportunidades -su posición geográfica, por ejemplo- y desventajas -la relevancia de los crudos extrapesados y su impacto ambiental. *Vid.*: “Venezuelan oil could become world’s biggest stranded asset, say experts”, *Financial Times*, 18 de noviembre de 2020, tomado de: <https://www.ft.com/content/cafb3c7-2434-4f23-8da8-1f7052efdc8e>. Por ello, el interés debe centrarse en aquellas variables que sí se pueden controlar, como el marco institucional, a través del cual pueden crearse incentivos adicionales para la recuperación de la industria. A estos fines, es fundamental recordar que la particularidad de las inversiones en el sector (actividades intensivas de capital con inversiones a largo plazo, en escenarios de riesgo y de inestabilidad del mercado internacional) requieren un marco institucional adecuado, que brinde certeza y seguridad jurídica.

III. LAS RESTRICCIONES VINCULANTES A LA INVERSIÓN PRIVADA DERIVADAS DE LA LEY ORGÁNICA DE HIDROCARBUROS Y LOS CAMBIOS PROMOVIDOS EN EL PROYECTO

De acuerdo con lo que se ha venido exponiendo, la recuperación de la producción petrolera requiere ampliar los cauces de la inversión privada. Empero, la LOH contiene diversas reglas que prohíben esa inversión. Es preciso aclarar que el origen de esas reglas es legal, y no constitucional.

En efecto, la promoción de la inversión privada como condición necesaria –pero no suficiente– para recuperar la producción petrolera, no es incompatible con el marco constitucional. Por el contrario, este marco permite, bajo ciertas condiciones, ampliar los cauces de la inversión privada en el sector.

Hay solo dos condiciones que derivan directamente de la Constitución. La primera, que los yacimientos de hidrocarburos son –y deben ser– propiedad de la República (artículo 12). Tal norma constitucional es la que justifica los poderes de ordenación y limitación del Poder Ejecutivo sobre el sector, incluyendo la necesidad de trasladar el derecho de exploración y producción a la empresa operadora a cargo de esas actividades. La segunda condición es que las acciones de PDVSA –o del ente creado para el manejo de la industria petrolera– no pueden ser privatizados (artículo 303)²⁴.

La Constitución no prohíbe que la iniciativa privada pueda asumir el ejercicio de actividades de exploración y producción, siempre bajo el control del Estado. Por el contrario, el propio artículo 303 de la Constitución aclara que la prohibición de traslado al sector privado de las acciones de PDVSA no aplica a “*las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela*” (o del ente creado para el manejo de la industria petrolera).

De otro lado, no hay en la Constitución una reserva directa al Estado sobre todo el sector de hidrocarburos. Lo que dispone el artículo 302 es que la Ley deberá decidir qué actividades del sector deberán ser asumidas de manera exclusiva por el Estado lo que no impide que la Ley decida permitir la inversión privada en actividades del sector, como corrobora el citado artículo 303.

En resumen, la Constitución no prohíbe ampliar los cauces a través de los cuales el sector privado puede aportar las inversiones de capital necesarias para recuperar la producción petrolera, así como aportar la capacidad técnica con la que no cuenta actualmente el Estado. Luego, es posible, mediante una reforma legal, derogar la prohibición de la LOH que impide a la iniciativa privada atender, directamente, actividades de exploración y producción.

Así, resumiendo el análisis de la LOH, pueden formularse las siguientes conclusiones en cuanto a las restricciones que de ella derivan:

- a) La Ley reserva al Estado las actividades de exploración y producción, no solo en su titularidad sino en su gestión. Esto implica que únicamente el Estado por medio de empresas públicas puede realizar esas actividades, y que por lo tanto, éstas

²⁴ Seguimos aquí lo que antes hemos explicado en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 451 y ss.

no pueden delegarse a empresas privadas²⁵. En pocas palabras: las actividades de exploración y producción deben estar a cargo del Estado al ser actividades estatales.

- b) Como consecuencia de lo anterior, la Ley dispone que las actividades de exploración y producción únicamente podrán ser realizadas (i) por empresas de la exclusiva propiedad del Estado o (ii) por empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital social, llamadas “empresas mixtas”²⁶. De acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública, sin embargo, las empresas mixtas son en realidad empresas públicas sometidas a todo el régimen jurídico de esas empresas, incluyendo el procedimiento de selección de contratistas²⁷.
- c) Esto implica que en la empresa mixta, la operación e inversión debe estar a cargo del Estado. La inversión privada es marginal en dos sentidos: (i) las actividades de exploración y producción no pueden encomendarse directamente al sector privado, quien solo podrá colaborar con PDVSA y (ii) las inversiones de capital deben ser, al menos mayoritariamente, inversiones públicas.

Hay, además, otras limitaciones de origen legal derivadas de la política arbitraria de expropiaciones, y que principalmente, limitan la inversión privada en servicios conexos y en el mercado interno de combustibles²⁸.

Además de la restricción legal que impide a la iniciativa privada emprender directamente actividades de exploración y producción, la LOH establece otras regulaciones que no propician la inversión. De ellas se destacan dos. La primera, la ausencia de regulaciones técnicas claras cuya implementación se confíe a una Administración Pública autónoma, y la segunda, el esquema rígido de regalías²⁹.

El proyecto resuelve, adecuadamente, esas restricciones, en especial, con cuatro reformas que comentamos de seguidas: (i) el régimen de la inversión privada en las actividades de exploración y producción; (ii) la creación de la Agencia Venezolana de los Hidrocarburos; (iii) la revisión del régimen económico y (iv) el régimen transitorio de todo el sector.

²⁵ Artículo 9. Las empresas públicas abarcan, formalmente, a las empresas mixtas, cuyo capital social debe pertenecer mayoritariamente al Estado.

²⁶ Artículo 22.

²⁷ Artículo 103, Ley Orgánica de la Administración Pública y artículo 3, Ley contra la Corrupción.

²⁸ Véanse: *Ley Orgánica de Reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos y Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos*.

²⁹ En realidad, la regulación de las actividades de producción y exploración recae en PDVSA, directa o indirectamente a través de la Corporación Venezolana de Petróleo, por lo que respecta a las empresas mixtas. La regalía es del 30%, y solo excepcionalmente podrá llevarse al 20% “a fin de lograr la economicidad de la explotación y queda facultado igualmente para restituirla, total o parcialmente” (artículo 44, LOH). Además, en el marco de las empresas mixtas se crearon otras contribuciones, en especial, el llamado “impuesto sombra”, así como lo dispuesto en la *Ley que crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos*. La Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG) parte de un marco regulatorio distinto que sí reconoce la libre iniciativa privada y establece una regalía del 20%. Cabe destacar que la autoridad regulatoria creada en la LOHG nunca se implementó en la práctica.

Además, el proyecto aborda una regulación unitaria abarcando tanto los hidrocarburos líquidos como los gaseosos³⁰.

1. *El reconocimiento de la inversión privada*

El artículo 17 del proyecto reconoce el derecho a la iniciativa privada a realizar las actividades de exploración, producción, tratamiento, recolección, transporte, y almacenamiento, tanto respecto de hidrocarburos líquidos como de hidrocarburos gaseosos (en este último caso, además, respecto de las actividades de recolección, separación, compresión, procesamiento, mejoramiento, almacenamiento, transporte, y suministros iniciales como materia prima para el mercado interno o externo). Estas actividades son llamadas “*actividades delegadas*”, y están “*reservadas*” al Estado (artículo 15). Las empresas que llevan a cabo estas actividades se denominan “*empresas asignatarias*” (artículo 17). El resto de las actividades –como las “*actividades aguas abajo*”– quedan reguladas en otras normas, que ratifican el derecho de la iniciativa económica privada de emprender cualquiera de esas actividades. En especial, el proyecto deroga las Leyes dictadas durante el régimen de Chávez, por medio de la cual se implementó la política de expropiación en el sector y se reservaron las actividades del mercado interno³¹.

Según el artículo 18, la gestión de las actividades delegadas se efectuará de acuerdo con el correspondiente contrato, cuyas condiciones generales no son, sin embargo, definidas en el Proyecto (más allá de los parámetros referenciales previstos en el artículo 19, en aspectos tales y como la extensión del contrato, que no podrá exceder de treinta años, prorrogables por diez años).

Por el contrario, esas condiciones son definidas por el Ministerio con el apoyo técnico de la Agencia, y quedan sujetas al control previo de la Asamblea Nacional (artículo 26). Corresponde a la Agencia adjudicar esos contratos, mediante procedimiento licitatorio o, en “casos excepcionales”, adjudicación directa (artículos 29 y 30)³².

El reconocimiento de la iniciativa económica privada en las actividades aguas arriba y en especial, en las actividades de exploración y producción, remueve efectivamente la limitación legal derivada de la LOH, y que obstruye la recuperación del sector, tal y como fue explicado. Además, se reconoce el derecho a comercializar los hidrocarburos naturales producidos³³.

Sin embargo, el proyecto no define con claridad la naturaleza de los derechos que la inversión privada podrá ejercer, ni define el marco contractual aplicable –materia que–, por ende, queda delegada en los reglamentos que se dicten, siempre, bajo el control de la Asamblea Nacional.

³⁰ Este aspecto es relevante. El proyecto unifica la regulación de la LOH y la LOHG, todo lo cual facilita la implementación de las políticas públicas para todo el sector.

³¹ Entre otros, véanse los artículos 47, 51, 52, 55, 60, 63 (referido a la comercialización) y 66. Tanto la LOH como la LOHG reconocen la iniciativa privada en esos sectores, aun cuando el Proyecto deroga las reservas especiales dictadas por el régimen de Chávez, en especial, en el mercado interno.

³² Según el artículo 22, las empresas que realicen las “*actividades delegadas*” podrán celebrar contratos servicios, sin ceder la realización de estas actividades. En realidad, se entiende que estas empresas, en ejercicio de la libertad de contratos, pueden también celebrar otros contratos, como la compraventa o la contratación de obras.

³³ Artículo 64.

La ausencia del marco institucional que defina con claridad los derechos contractuales, junto con la “reserva” sobre las “actividades delegadas”, son factores institucionales que pueden generar incertidumbre para la inversión privada³⁴. De allí la pertinencia de revisar esta materia, para fortalecer el reconocimiento institucional de los derechos económicos asociados a las actividades delegadas³⁵.

2. *Las Agencia Venezolana de los Hidrocarburos*

El proyecto materializa la creación de la Agencia Venezolana de Hidrocarburos, como la Administración Pública a cargo de la “administración, regulación, el control y la fiscalización de las Actividades Delegadas, la disposición de los hidrocarburos producidos por las Empresas Asignatarias, así como de la implementación técnico de las políticas públicas que sean dictadas por el Ministerio del sector de hidrocarburos, de acuerdo con las competencias que le otorga esta Ley” (artículo 70). Además, se reconocen diversas competencias al Ministerio del sector (artículo 69).

Las atribuciones de la Agencia quedan recogidas en el artículo 71. De la lectura de esa norma se desprende que la principal función de la Agencia es la administración de los contratos para la realización de las “actividades delegadas”³⁶. Tal competencia, en todo caso, debe ejercerse en coordinación con el Ministerio, a quien corresponde delimitar el área contractual y decidir la adjudicación del contrato³⁷. Se observa que es común que el proyecto asigne, a la Agencia, el rol de “apoyo” al Ministerio.

Otro aspecto para considerar es la autonomía de la Agencia, reconocida en el artículo 78. Empero, de conformidad con el artículo 73, los cinco miembros del directorio de la Agencia son la libre nombramiento y remoción, y uno de ellos será el Ministro.

El marco institucional de la Agencia parte del reconocimiento de un cúmulo de competencias esenciales, de cara a la administración de los contratos que pasa a ser la principal técnica de intervención administrativa sobre las llamadas actividades delegadas.

Pero estas competencias se solapan, en ciertas áreas, con las competencias del Ministerio. Igualmente, no queda claro si la Agencia también supervisa las actividades de producción y exploración a cargo de PDVSA en parte, pues el proyecto nada dice sobre el régimen transitorio aplicable a esa empresa.

³⁴ La “reserva” implica la exclusión del derecho de libertad de empresa (artículo 112 constitucional), aun cuando la inversión privada puede gestionar actividades reservadas por medio de contratos públicos. La principal diferencia es que, en actividades reservadas, el ámbito de los derechos económicos es mucho menor que en las actividades no reservadas, dependiendo de los contratos que sean concedidos a tales efectos (*Derecho Administrativo y Regulación Económica, cit.*).

³⁵ En sentido técnico, no es preciso reservar al Estado las actividades delegadas, pues lo cierto es que el uso de yacimientos de hidrocarburos es una actividad privativa del Estado, al tratarse de bienes del dominio público. Por ello, la LOHG no contiene cláusula de reserva alguna. Lo importante, en todo caso, es la correcta definición de los derechos económicos en las “actividades delegadas”.

³⁶ Artículo 71, numeral 2, literales e y f, principalmente. Esto abarca, en especial, la aprobación del régimen económico, cuya administración corresponde a la Agencia (numeral 3). En especial, corresponde a la Agencia decidir sobre la revocatoria del contrato como sanción administrativa (artículos 85 y 85).

³⁷ Artículos 69, numerales 6 y 7.

Además, desde el punto de vista organizacional, la Agencia no tiene autonomía respecto del Poder Ejecutivo. En la práctica, esto convierte a la Agencia en un ente auxiliar del Ministerio, y no tanto en una Administración con autonomía funcional basada en un marco institucional que separe, adecuadamente, la Agencia del Poder Ejecutivo³⁸.

Esto exige repensar el reparto de competencias entre la Asamblea, la Agencia y el Ministerio, recordando los tres ámbitos de funciones que esas instancias ejercen: (i) control democrático y de rendición de cuentas; (ii) regulación técnica y (iii) formulación de políticas públicas. Un marco que refuerce la autonomía y funciones de la Agencia, en detrimento de las funciones del Ministerio y de la Asamblea, pueden afectar la legitimidad democrática de las políticas públicas del sector, pero un marco que debilite la autonomía y las funciones de la Agencia puede fortalecer la legitimidad democrática elevando los riesgos de politización. Por ello, el diseño de la Agencia debería ser examinado, para asegurar cumplir con el objetivo final, cual es asegurar la autonomía técnica de la regulación como condición necesaria para estimular la inversión privada.

3. *El régimen económico*

El proyecto introduce importantes reformas en el régimen económico. La regalía base se reduce al dieciséis sesenta y siete por ciento (16.67%) del valor bruto de todos los hidrocarburos producidos, aun cuando excepcionalmente, puede reducirse al uno (1%) por ciento, sin perjuicio de tornar al monto base (artículo 39)³⁹. La intención es introducir un mecanismo gradual y flexible de regalía, siempre en función a las características de cada proyecto⁴⁰. Además, el proyecto deroga la Ley que crea la *contribución especial por precios extraordinarios y precios exorbitantes*.

En adición, el artículo 42 dispone la posibilidad de introducir ventajas especiales en los procedimientos de selección de contratistas, incluyendo “una contribución económica especial, un monto adicional a la regalía, la incorporación de nuevas tecnologías, la transferencia de conocimientos o el pago de un bono al momento de la firma de la modalidad contractual respectiva”⁴¹.

³⁸ La Agencia forma parte de los arreglos institucionales necesarios para crear incentivos a la inversión privada. Su existencia, ciertamente, responde también a principios de eficiencia, pero su principal objetivo es garantizar la neutralidad política de la regulación, lo que implica, básicamente, diferencias funcionales con el Gobierno (sin negar, en todo caso, la conducción política). En general, véase a Lares, María Elena, *et al.*, *Un modelo de agencia reguladora independiente de hidrocarburos*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2019. La presencia del Ministro no es, necesariamente, una condición adversa a la autonomía de la Agencia. Nuestra observación responde a la valoración integral del diseño institucional de la Agencia. Esto es, la ausencia de ámbitos propios de competencia, con el solapamiento de las competencias del Ministerio, junto a composición del directorio, son condiciones adversas a la autonomía. Cabe advertir que la autonomía financiera –artículo 80– está debidamente garantizada, lo que es un elemento positivo.

³⁹ Para el gas asociado, el artículo 40 dispone una regla similar.

⁴⁰ Dispone el artículo 39 que los “porcentajes de regalía se establecerán en los procesos competitivos de selección o adjudicación directa antes mencionados. La Agencia Venezolana de Hidrocarburos establecerá los ajustes variables en las modalidades contractuales respectivas. Los ajustes variables de regalías podrán estar basados en una fórmula elaborada en razón de niveles de precios, producción, rentabilidad o cualquier otro mecanismo que establezca la Agencia Venezolana de Hidrocarburos. Los porcentajes de las regalías y la fórmula mencionados deberán ser incorporados en los términos y condiciones a ser aprobados por la Asamblea Nacional”.

⁴¹ No se trata solo de una variable a considerar en los procedimientos competitivos, pues la norma aplica también a los casos de adjudicación directa.

Asimismo, la estructura tributaria se simplifica, al contemplarse dos impuestos especiales: (i) el impuesto superficial, en el artículo 43, “*equivalente a cien unidades tributarias (100 U.T) por cada Km² o fracción del mismo, por cada año transcurrido, por la parte del Área Contractual otorgada que no estuviese en explotación*”⁴², y (ii) el impuesto de exportación, en el artículo 43, “*equivalente al cero coma un por ciento (0,1%) sobre los volúmenes de hidrocarburos exportados*”. El impuesto sobre la renta no es tratado.

Por último, el artículo 45 dispone que “*los municipios no podrán gravar las Actividades Delegadas, así como tampoco las actividades de transporte y almacenamiento de los hidrocarburos en su estado natural*”⁴³.

El proyecto introduce, adecuadamente, reglas económicas flexibles, con el propósito de generar incentivos para la inversión privada. Estas reglas no pueden ser vistas simplemente como la rebaja de regalías, aun cuando ciertamente, el tope máximo se disminuye. En realidad, esta reforma debe evaluarse en función al objetivo final, cual es promover la inversión privada para maximizar la producción petrolera, procurando además ingresos fiscales –que aumentarán–, en la medida en que la producción y los precios resulten favorables. Con todo, es necesario concordar el régimen económico con el régimen contractual, en especial, para reducir incentivos a políticas predatorias orientadas a capturar la renta en caso de aumento de los precios del petróleo⁴⁴.

4. *El régimen transitorio*

El proyecto establece el marco jurídico transitorio respecto de las empresas mixtas y titulares de licencias bajo la LOHG, reconociendo su derecho a optar entre mantener los títulos jurídicos bajo los cuales operan o migrar al esquema contractual, en todo caso, permitiendo a las empresas mixtas comercializar directamente los hidrocarburos producidos⁴⁵. Se entiende que si los operadores económicos deciden mantener esos títulos, el régimen legal de proyecto aplicará de manera inmediata, en especial, en temas de regalías y de la supervisión a cargo de la Agencia. Aun cuando esta solución puede crear diferencias institucionales entre los nuevos proyectos y los proyectos en curso, este régimen transitorio protege adecuadamente los derechos adquiridos.

Sin embargo, no hay en el proyecto ninguna disposición que regule el régimen transitorio de PDVSA, con lo cual, no se prevé ninguna regulación que permita a PDVSA traspasar derechos de exploración y producción a la iniciativa privada siempre, bajo la modalidad contractual prevista en el proyecto⁴⁶. En general, tampoco hay ninguna previsión sobre la transformación de

⁴² Este impuesto “*se incrementará cada año en un dos por ciento (2%) durante los primeros cinco (5) años y en un cinco por ciento (5%) en los años subsiguientes*”.

⁴³ La implementación de la tributación municipal sobre el sector requiere la revisión integral del régimen tributario municipal, y en general, de la organización municipal.

⁴⁴ La inestabilidad de los precios del petróleo es relevante para el marco institucional, en tanto el auge de los precios crea incentivos para la captura de la renta por el Gobierno, lo que eleva la probabilidad de expropiaciones y otras medidas similares. Para evitar ello, el marco contractual –que el proyecto no desarrolla– debe brindar flexibilidad al régimen económico, y proteger adecuadamente los derechos económicos.

⁴⁵ Disposición transitoria segunda, tercera y cuarta.

⁴⁶ Esto es, la llamada “ronda cero”, en la cual PDVSA puede decidir mantener proyectos o desprenderse de proyectos para su adjudicación a la iniciativa privada. La ausencia de cobertura legal no impide esta opción –PDVSA siempre puede renunciar a sus derechos– pero es recomendable un adecuado tratamiento institucional, pues ello puede crear instituciones propicias a la inversión privada.

títulos aplicable a PDVSA pues en teoría, las filiales de PDVSA a cargo de actividades deberían adecuarse al marco contractual del proyecto⁴⁷. Finalmente, la reestructuración de PDVSA –en el marco de políticas para proteger sus activos frente a reclamaciones legadas de los regímenes de Chávez y Maduro– no es tampoco tema abordado en el proyecto⁴⁸.

5. *Panorámica general del Proyecto*

El proyecto introduce, adecuadamente, las reformas institucionales que facilitan la implementación de las políticas públicas sobre la industria de los hidrocarburos en Venezuela. Como se reconoce en su exposición de motivos, las reformas tienen como propósito principal incentivar la inversión privada y, así, atender al colapso de la producción como condición necesaria pero no suficiente, para la implementación del programa de recuperación económica de Venezuela.

En efecto, el proyecto *(i)* permite a la iniciativa económica realizar directamente las actividades de exploración y producción de hidrocarburos líquidos (y gaseosos asociados); *(ii)* introduce la figura de la Agencia Venezolana de los Hidrocarburos y *(iii)* flexibiliza el régimen económico, en especial, de regalías. Estas reformas, que pueden introducirse formalmente en una reforma puntual de la LOH, se abordan de manera comprensiva en el proyecto, lo cual brinda al nuevo marco jurídico de mayor claridad.

Empero, este nuevo marco jurídico deja aspectos por aclarar en cuanto al régimen de los derechos económicos de la inversión privada, materia que principalmente queda delegada en los contratos y reglamentos que serán dictados. Cabe recordar que la promoción de la inversión privada en el sector de hidrocarburos en Venezuela se enfrenta a obstáculos exógenos (características de los yacimientos venezolanos, y las transformaciones del mercado energético mundial), en un contexto país signado por la incertidumbre política. Pese a esos obstáculos, Venezuela deberá competir para atraer la inversión privada, todo lo cual exige un mayor esfuerzo en el diseño del marco institucional, a los fines de crear incentivos que logren paliar las condiciones adversas señaladas. No se trata, se aclara, de ampliar más el rol de la iniciativa privada, sino más bien, de fortalecer la calidad institucional para brindar mayor seguridad jurídica.

Otro aspecto para destacar es que el marco institucional del proyecto introduce disposiciones que se alejan del objetivo último de maximizar la producción, como medidas de protección de la inversión nacional o de la transición a energías renovables. No se niega la relevancia de estos temas, que pueden justificar el diseño de especiales políticas públicas. Pero en la definición del marco institucional, es preciso tener en cuenta el objetivo principal a atender –maximización de la producción– para descartar arreglos institucionales que, en otras condiciones, pudieran ser razonables. Cabe recordar que el propósito de la reforma institu-

⁴⁷ Las Leyes vigentes no contemplan con claridad los títulos habilitantes por los cuales las filiales de PDVSA gestionan directamente actividades. Por fines de eficiencia, lo recomendable es migrar al esquema de contratos, siempre respetando el principio de igualdad.

⁴⁸ En Venezuela, el rol que debe cumplir PDVSA no es una decisión de políticas públicas, sino consecuencia de un claro mandato constitucional. Pero al mismo tiempo, es preciso considerar la precaria condición de PDVSA, desde el punto de vista de su gobierno corporativo, capacidad productiva, capacidad financiera y riesgos de litigios. Todas estas condiciones restringen severamente la capacidad de PDVSA y colocan en riesgo su continuidad operativa. El proyecto nada dispone sobre cómo atender estas restricciones. Aun cuando muchas de esas restricciones pueden implementarse por medio de políticas públicas bajo las Leyes administrativas en vigor, puede ser necesario establecer ciertas reglas legales especiales, por ejemplo, para establecer un régimen especial que permita atender la crisis financiera de PDVSA protegiendo sus activos.

cional no es promover la transformación energética de Venezuela, pues la destrucción del sector de hidrocarburos –aunado a la destrucción del sector eléctrico– hace que, en realidad, no exista nada que transformar pero sí mercados que construir.

Lo anterior es especialmente relevante en el contexto en el cual la nueva Ley se implementará. Solo una vez alcanzada la transición política, y logrado la remoción de las sanciones internacionales sobre la industria, es que el nuevo marco institucional podrá implementarse de manera efectiva. Esto implica que este marco se implementará en un contexto de inestabilidad política, como sucede con toda transición, lo que crea limitaciones adicionales para la implementación de las políticas públicas orientadas a la reactivación del sector. Por ello, el proyecto debería mejorar el foco de la reforma, para adecuarse mejor a este contexto y así lograr la introducción de las instituciones que puedan acompañar la (re) construcción del sector energético, tomando en cuenta además los retos que impone la fragilidad del Estado venezolano, especialmente, en temas de seguridad por la fractura del monopolio del ejercicio legítimo de la violencia. En resumen, el proyecto debe adecuar el marco institucional diseñado al nivel de colapso de la industria petrolera, del sector energético y en general del Estado, considerado como Estado fallido.

Además, la organización de la Agencia Venezolana de Hidrocarburos ofrece oportunidades de mejora, pues en el proyecto se aprecia cierto solapamiento con las atribuciones del Ministerio, todo lo cual afecta su autonomía. La calidad del marco institucional depende, en buena medida, de la confianza de los operadores económicos en cuanto a la implementación de ese marco, para lo cual, es fundamental fortalecer la autonomía técnica de la Agencia, sin menoscabo del rol del Gobierno en la condición política, siempre bajo el principio de rendición de cuentas a la Asamblea.

Finalmente, el proyecto no contempla adecuadamente el régimen transitorio de PDVSA, tanto respecto a la posibilidad de ceder derechos de exploración y producción a la inversión privada, como respecto a su reorganización vista la destrucción de su capacidad técnica, y las contingencias legales a las cuáles ésta se encuentra. No basta con garantizar la existencia jurídica de PDVSA –como la Constitución establece– sino que además, es preciso asegurar su capacidad operativa lo que justifica arreglos institucionales especiales.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Semestre de 2020

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández
Abogada
Secretaria de Redacción de la Revista

SUMARIO

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Estados de excepción. Decretos de estado de excepción. Prorroga. 2. Estados de excepción. Decretos de estado de Alarma.*

II. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Judicial. A. Tribunal Supremo de Justicia. a. Facultad de Avocamiento.*

III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Revisión Constitucional. Admisibilidad. 2. Acción de Amparo Constitucional. Medidas Cautelares. A. Pérdida de interés. Abandono de trámite. 3. Acción de amparo constitucional contra la sentencia. Admisibilidad.*

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Estados de excepción. Decretos de estado de excepción. Prorroga*

TSJ-SC (80)

22-7-2020

Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Solicitud para que se declare la constitucionalidad del Decreto número 4.242 del 02 de julio de 2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 6.551 Extraordinario, de igual data, mediante el cual se prorroga por sesenta (60) días el plazo establecido en el Decreto número 4.194, de fecha 04 de mayo de 2020 mediante el cual se declaró el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio nacional.

En tal sentido, puede afirmarse que los estados de excepción son circunstancias de variada índole, que pueden afectar la seguridad de la Nación, de las instituciones o de los ciudadanos, para cuya atención no serían totalmente suficientes ni adecuadas a los fines del

restablecimiento de la normalidad, las facultades de que dispone ordinariamente el Poder Público, y ante las cuales el ciudadano Presidente de la República en Consejo de Ministros, está investido de potestades plenas para declarar tal estado, prorrogarlo o aumentar el número de garantías constitucionales restringidas con miras a proteger el bien común, y disponer de tales medidas en los términos que contemple en el Decreto respectivo, en el marco constitucional, para garantizar la seguridad y defensa de la República, y de su soberanía en todos sus atributos y aspectos; en fin, para proteger el propio orden constitucional.

En este orden de ideas, debe indicarse que tanto los estados de excepción como sus prórrogas solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios de que dispone el Estado para afrontarlos. De allí que uno de los extremos que han de ponderarse se refiere a la proporcionalidad de las medidas decretadas respecto de la ratio o las situaciones de hecho acontecidas.(...)

2. *Estados de excepción. Decretos de estado de Alarma*

TSJ-SC (81)

22-7-2020

PONENCIA CONJUNTA

Caso: Solicitud para que se declare la CONSTITUCIONALIDAD del Decreto N° 4.247 publicado en la Gaceta Oficial N° 6.554 Extraordinario, ambos de fecha 10 de julio de 2020, mediante el cual se declara el Estado de Alarma para atender la Emergencia Sanitaria del Coronavirus (COVID-19).

En tal sentido, puede afirmarse que los estados de excepción son circunstancias de variada índole, que pueden afectar la seguridad de la nación, de las instituciones o de los ciudadanos, para cuya atención no serían totalmente suficientes ni adecuadas a los fines del restablecimiento de la normalidad, las facultades de que dispone ordinariamente el Poder Público y ante las cuales el ciudadano Presidente de la República, en Consejo de Ministros, está investido de potestades plenas para declarar tal estado en los términos que contemple el decreto respectivo, con los límites y bajo el cumplimiento de las formalidades estatuidas en el Texto Fundamental, pero siempre en la búsqueda de salvaguardar los derechos de los ciudadanos y ciudadanas.

Respecto de las circunstancias que ameritarían la activación de tal mecanismo excepcional y extraordinario, ciertamente destacan los conceptos de heterogeneidad, irresistibilidad o rebase de las facultades ordinarias del Poder Público y de lesividad, por la producción potencial o acaecida de daños a personas, cosas o instituciones. De éstos, la Sala estima pertinente aludir a la heterogeneidad, puesto que, en efecto, las condiciones que pueden presentarse en el plano material, sean de origen natural, económico o social en general, son de enorme diversidad e índole y, en esa medida, los estados de excepción reconocidos por decreto del Presidente de la República, pueden versar sobre hechos que tradicionalmente se asocian a este tipo de medidas; empero, por igual, pueden referirse a situaciones anómalas que afecten o pretendan afectar la paz, la seguridad integral, la soberanía, el funcionamiento de las instituciones, la economía y la sociedad en general, a nivel nacional, regional o local, cuya duración no siempre es posible de estimación, en razón de las circunstancias que la originan.

Igualmente, los estados de excepción solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios de que dispone el Estado para afrontarlos. De allí que uno de los extremos que ha de ponderarse se refiere a la proporcionalidad de las medidas decretadas respecto de la ratio o las situaciones de hecho

acontecidas, en este caso, vinculadas al sistema socio-económico nacional, las cuales inciden de forma negativa y directa en el orden público constitucional. De tal modo, que las medidas tomadas en el marco de un estado de excepción deben ser, en efecto, proporcionales a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

En cuanto a la naturaleza propiamente del decreto que declara el estado de excepción, la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción señala en su artículo 21, que éste suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho Decreto.

Ello es así por cuanto, en esencia, la regulación de excepción o extraordinaria, implica una nueva regulación jurídica, esta vez, temporal, que se superpone al régimen ordinario.

Tal circunstancia se observa, inclusive, desde el propio Texto Constitucional, toda vez que en el contexto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los estados de excepción implican circunstancias de variada índole que pueden afectar la seguridad de la nación, de las instituciones o de los ciudadanos, para cuya atención no serían totalmente suficientes ni adecuadas a los fines del restablecimiento de la normalidad, las facultades de que dispone ordinariamente el Poder Público, y ante las cuales el ciudadano Presidente de la República, en Consejo de Ministros, está investido de potestades plenas para declarar tal estado, prorrogarla o aumentar el número de garantías constitucionales restringidas, y disponer de tales medidas en los términos que contemple el Decreto respectivo, en el marco constitucional, para garantizar la seguridad y defensa de la República y de su soberanía, en fin, para proteger el propio orden constitucional (circunstancia que explica la ubicación de las principales normas que regulan esta materia dentro del Texto Fundamental: TÍTULO VIII DE LA PROTECCIÓN DE ESTA CONSTITUCIÓN, Capítulo I De la Garantía de esta Constitución, Capítulo II De los Estados de Excepción. Este Título es posterior a los Títulos IV, V, VI y VII: DEL PODER PÚBLICO, DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER PÚBLICO NACIONAL, DEL SISTEMA SOCIO ECONÓMICO y DE LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN).

Así pues, tal circunstancia evidencia que la regulación constitucional ordinaria precede a ese Capítulo II del TÍTULO VIII de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual contempla el derecho constitucional de excepción.

Por su parte, el artículo 22 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción dispone que el decreto tendrá rango y fuerza de ley y que entrará en vigencia una vez dictado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros. Igualmente, prevé que deberá ser publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y difundido en el más breve plazo por todos los medios de comunicación social.

Por otra parte, el lapso de vigencia del mencionado instrumento jurídico constitucional está supeditado a los parámetros que dispone la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En ese sentido, el decreto que declara el estado de excepción es un acto de naturaleza especial, con rango y fuerza de ley, de orden temporal, con auténtico valor que lo incorpora al bloque de la legalidad y que está, por tanto, revestido de las características aplicables a los actos que tienen rango legal ordinariamente, y más particularmente, concebido en la categoría de acto de gobierno que, inclusive, luego del pronunciamiento de esta Sala, pudiera ser declarado, *in abstracto*, constitucional. Ello tendría su asidero en las especialísimas situaciones fácticas bajo las cuales son adoptados y los efectos que debe surtir con la inmediatez que impone la gravedad o entidad de las afectaciones que el Poder Público, con facultades extraordinarias temporarias derivadas del propio Decreto, está en la obligación de atender.

[...]

Ahora bien, para que el acto de gobierno sometido a examen sea controlable constitucionalmente, requiere al menos de un fundamento objetivo, lo cual, en el caso de los estados de excepción o de necesidad, se traduce en la invocación y armonización directa de las normas constitucionales y legales –contenidas en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción–, que habilitan al Presidente de la República para ejercer esa potestad, y el establecimiento de medidas razonables y proporcionales a la situación que se pretende controlar, que justifiquen la injerencia del Estado en el ámbito de los derechos y garantías constitucionales de sus ciudadanos, en función, precisamente, de la eficaz protección de los mismos con miras al bien común.

Al respecto, por lo que atañe a la base jurídica invocada por el ciudadano Presidente de la República para dictar el Decreto sub examine, resaltan el artículo 226 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual reconoce que “[e]l *Presidente o Presidenta de la República es el Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno*”; el numeral 7 del artículo 236 del mismo Texto Constitucional, que alude a la competencia específica del Presidente de la República para declarar los estados de excepción en los casos previstos en esta Constitución; y los artículos 337, 338 y 339 eiusdem, así como los artículos 2 al 7, 10, 15, 17, 18 y 23 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, que dan cuenta de una diversa gama de medidas oportunas que permitan atender eficazmente las situaciones coyunturales, sistemáticas, inéditas y sobrevenidas, adicional a lo establecido en el numeral 2 del artículo 4 de la Ley de la Organización Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres; que establece el concepto de emergencia; el artículo 67, Parágrafo Único, de la Ley de Medicamentos, que es del tenor siguiente: “*El Ejecutivo Nacional, en casos de emergencias sanitarias y mientras dure la contingencia, podrá importar medicamentos, productos semiterminados y materias primas, a los fines de garantizar la disponibilidad de los mismos*” y el numeral 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Salud que regula dentro de las atribuciones del Ministerio de Salud su rectoría en casos de emergencia sanitaria, así como los artículos 34, que define que son los establecimientos de atención médica (hospitales, clínicas, ambulatorios públicos y privados debidamente calificados y dotados) y 62 que regula la obligación de los trabajadores de la salud de asegurar, inclusive durante situaciones conflictivas, la atención a los enfermos, vigilancia y control epidemiológico; todos éstos de dicha Ley orgánica.(...)

(...) De lo anteriormente expuesto, esta Sala observa que ante la situación que pone en riesgo la salud y la seguridad social y con el objeto de propender a la protección de la salud del pueblo, el Ejecutivo Nacional emite este decreto de Estado de Alarma con la finalidad de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 83 de nuestra Constitución, cumpliendo así con el postulado constitucional que impone garantizar la salud como derecho fundamental de la población, lo cual es de orden público constitucional. Al respecto, el artículo 83 Constitucional, pauta lo que sigue:

Artículo 83. La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.

Asimismo, visto lo anterior, hay que destacar que el decreto de Estado de Alarma busca garantizar la protección de la sociedad, ante tan grave situación como lo es una pandemia, se debe tener en cuenta que el Ejecutivo Nacional está en la obligación de resguardar todas las

garantías constitucionales, y que en casos de Estado de Alarma puede restringir algunas para salvaguardar la salud del pueblo. Con la finalidad de dar cumplimiento a lo dictado en el referido decreto, es necesario considerar que el Estado debe garantizar a toda persona el goce de los derechos humanos tal como lo establece el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, también el derecho a la vida el cual es inviolable, tal como lo establece el artículo 43 del Texto Constitucional, garantizar el libre tránsito, sin menoscabo de las necesarias restricciones e incluso cierres parciales o totales que el Ejecutivo Nacional puede dictar, por motivos de prevención y salvaguarda de la salud y consecuentemente la vida bajo el principio de ponderación de derechos y garantías; también establecen los artículos 53 y 55 de la Carta Magna lo atinente a la seguridad que debe brindar el Ejecutivo Nacional al derecho de reunión, es decir, el que tiene toda persona vinculado al libre acceso y reunión en sitios públicos o privados; no obstante, en razón del objeto de este excepcional Estado de Alarma, es válida y necesaria la restricción dirigida a reuniones de personas para garantizar su salud y evitar o disminuir la propagación del virus que es conocido como Coronavirus (COVID-19), declarado, como se indicó, pandemia por la Organización Mundial de la Salud, todo esto para evitar que afloren o potencien las vulnerabilidades de los habitantes de la República y en ejercicio pleno de su rol de Estado garante de los derechos, cada uno de estos artículos están concatenados con el artículo 338 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La administración pública nacional, estatal y municipal, central y descentralizada, en la ejecución del decreto de estado de alarma, deben coordinar obligatoriamente cualquier medida que consideren necesaria o conveniente con la Comisión Presidencial COVID-19, como órgano rector para la ejecución del Estado de Alarma, de conformidad con lo establecido en los artículos 2, 31 y la disposición final segunda del decreto objeto de análisis.

De conformidad con el artículo 7 del decreto de estado de alarma, sólo el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela podrá restringir la circulación en determinadas áreas o zonas geográficas, así como la entrada o salida de éstas.

El artículo 4 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, establece exigencias de justificación o razonabilidad de las medidas dispuestas para atender la situación de hecho que afecta la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y sus instituciones. Por tanto, esta Sala Constitucional constata, luego del análisis conducente, que se verifican los extremos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas de excepción decretadas, las cuales se juzgan necesarias, adecuadas y proporcionales al resguardo de la población venezolana a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que existan o pudieren originarse.

De allí que se estime ajustado al orden constitucional y, por ende procedente, que el Ejecutivo Nacional, con vista en las circunstancias presentadas en todo el territorio nacional, emplee las herramientas que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha dispuesto, en cumplimiento -tal como lo manifiesta el decreto- del deber irrenunciable e ineludible del Estado Venezolano de garantizar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes y servicios fundamentales para disminuir los efectos ocasionados por circunstancias de orden natural, que se están presentando por la pandemia declarada a nivel mundial y que afecta a nuestro pueblo.

Ello así, se observa que el citado decreto, objeto de examen de constitucionalidad, preserva y ratifica la plena vigencia de los derechos y garantías constitucionales previstos en el ordenamiento jurídico, desprendiéndose de ello la configuración de otro elemento en el examen de constitucionalidad, a favor de la plena adecuación a los preceptos y límites que se

coligen del Texto Fundamental, a ser observados cuando el Jefe del Estado ejercita las facultades de declaratoria de Estados de Excepción. El decreto, asimismo, resguarda y, por ende, no implica restricción de aquellos derechos cuyas garantías no pueden ser limitadas por expreso mandato constitucional, a saber, las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles, tal como lo disponen los artículos 337 del Texto Fundamental y 7 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

II. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Judicial*

A. *Tribunal Supremo de Justicia*

a. *Facultad de Avocamiento*

TSJ-SC (243)

14-12-2020

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Daniela Carolina Guerrieri Selvaggio

...Previo a cualquier pronunciamiento, esta Sala debe determinar su competencia para conocer de la presente solicitud de avocamiento, previas las siguientes consideraciones:

Con relación a la potestad de avocamiento a que se refiere la presente solicitud, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dispone en el artículo 25, numeral 16, lo siguiente:

“Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

(...)

16. Avocar las causas en las que se presuma la violación del orden público constitucional, tanto de las otras Salas como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme”.

Asimismo, se observa que los artículos 106 y 107 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia regulan la institución del avocamiento y los supuestos de procedencia, así:

“Artículo 106. Cualesquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en las materias de su respectiva competencia, de oficio o a instancia de parte, con conocimiento sumario de la situación, podrá recabar de cualquier tribunal, en el estado en que se encuentre, cualquier expediente o causa para resolver si la avoca y asume el conocimiento del asunto o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal.

Artículo 107. El avocamiento será ejercido con suma prudencia y sólo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática.”

En atención a las disposiciones supra transcritas y siendo que en la causa cuyo avocamiento se solicita, dada la entidad de las denuncias, pudiera haber la posible transgresión del orden público constitucional vinculada con el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, dentro del proceso penal en fase de investigación desde hace más de diez años que motivó la presente solicitud; y siendo asimismo que se encuentra inmiscuido el orden público constitucional al denunciarse la violación de los referidos derechos fundamentales, garanti-

zando esta Sala los derechos humanos, infracciones estas que pudieran comportar escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico comprometiendo así la imagen del Poder Judicial y la paz pública.

Del mismo modo, la competencia en materia de avocamiento esta Sala Constitucional la ejerce de manera amplia, siendo criterio judicial no restringir el ejercicio de sus facultades, la Sala posee los más amplios poderes de avocarse, en tanto que la misma está sujeta al examen que del expediente se realice, a fin de constatar la existencia de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico, motivo por el cual esta Sala se declara competente para conocer y decidir de la solicitud de avocamiento planteada en el caso sub examine. Así se declara.

[...]

Por otro lado, a los fines de considerar el trámite de la presente solicitud de avocamiento, el título VII, Capítulo III, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece:

“Artículo 108. La Sala examinará las condiciones de admisibilidad del avocamiento, en cuanto al asunto curse ante algún tribunal de la República, independientemente de su jerarquía y especialidad o de la etapa o fase procesal en que se encuentre, así como que las irregularidades que se aleguen hayan sido oportunamente reclamadas sin éxito en la instancia a través de los medios ordinarios. Cuando se admita la solicitud de avocamiento, la Sala oficiará al tribunal de la instancia, requerirá el expediente respectivo y podrá ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa, así como la prohibición de realizar cualquier clase de actuación. Serán nulos los actos y las diligencias que se dicten en desacato a la suspensión o prohibición que se expida.

Artículo 109. La sentencia sobre el avocamiento la dictará la Sala competente, la cual podrá decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tenga pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente en la materia, así como adoptar cualquiera medida legal que estime idónea para el restablecimiento del orden jurídico infringido”.

Conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el avocamiento entendido en sí como potestad, debe ser analizado conforme a las situación de admisibilidad previstas en el artículo 108 de la Ley, referidas a que los asuntos que cursen ante cualquier juzgado de la República, independientemente de su jerarquía y especialidad, o de la etapa o fase procesal en que se encuentren, así como que las irregularidades que se aleguen, hayan sido reclamadas oportunamente sin éxito en la instancia a través de los medios ordinarios.

En atribución del artículo 108 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cualquier parte afectada puede solicitar el avocamiento por parte de esta Sala, siempre y cuando haya manifestado ante la instancia correspondiente, las anomalías que considere necesarias y por las cuales pretende que sean en esa misma instancia corregidas so pena de generarse una infracción de los derechos y garantías fundamentales insitos del proceso que ameriten posteriormente la interposición del avocamiento.

En este punto, a diferencia de lo ocurrido en el amparo, no se trata de ejercer las acciones o recursos ordinarios, toda vez que el avocamiento presupone el ejercicio de una potestad que no se encuentra condicionada a medios impugnativos previos. Sin embargo, esta Sala considera necesario, tal como así lo dispone la Ley que rige las funciones de este Alto tribunal, que la parte afectada dentro del proceso haga advertir de cualquier forma dentro del mismo, la anomalía que afecte su posición dentro de la causa, o de la existencia de elementos exógenos capaces de viciar la tramitación del juicio, pervirtiendo su correcta instrucción.

El cumplimiento de este requerimiento conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia obedece a la carga que tiene el afectado como parte del proceso de advertir o enterar a las partes y al director del proceso de las circunstancias desavenidas, previa a la posibilidad de acudir a esta Sala a los fines de solicitar el avocamiento.

El fundamento de tal requerimiento obedece a que el avocamiento reviste un carácter extraordinario, por cuanto es capaz de afectar las garantías del juez natural y del doble grado de jurisdicción; de allí deriva la regulación por Ley que rige las funciones de las Salas de este Máximo Tribunal, de ceñir el avocamiento a las preceptuadas condiciones de admisibilidad y procedencia, siendo que estas últimas no sólo estén fundadas en derecho, en atención a lo alegado y probado en autos, sino también en criterios de justicia y razonabilidad que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver (*vid.* S.C. N° 5046 del 15 de diciembre de 2005, caso: *José Urbina y otros*).

III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Revisión Constitucional. Admisibilidad*

TSJ-SC (99)

14-8-2020

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Industria Venezolana Maicera Pronutricos, C.A. y Protécnica, C.A.

Delimitada como ha sido la competencia para conocer de la presente solicitud de revisión, esta Sala pasa a decidir y, para ello, observa:

La abogada Losbeliz Páez Arenas, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 92.396, aduce representar a **Industria Venezolana Maicera Pronutricos, C.A.**, inscrita el 24 de octubre de 1990, ante el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda, bajo el N° 45, Tomo 30-A; y a la sociedad mercantil **Protécnica, C.A.**, inscrita el 18 de enero de 2007, ante el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, bajo el N° 72, Tomo 209-A; con tal carácter, presentó ante el Tribunal Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa con sede en Guanare, escrito contentivo de la solicitud de revisión constitucional de la sentencia proferida por dicho juzgado el 10 de enero de 2017. La abogada solicitante afirma que su condición de apoderada judicial de las mencionadas sociedades mercantiles consta en “*Poder debidamente autenticado ante la Notaría Pública Duodécima del Municipio Libertador del Distrito Capital, el cual quedó inserto bajo el número 09, Tomo 09 del Libro de Autenticaciones de la misma, en fecha 13 de febrero de 2015 (sic)*”.

Ahora bien, esta Sala precisa que en el caso bajo estudio, no se encuentra demostrado que la abogada Losbeliz Páez Arenas, ostenta la condición de apoderada judicial de las sociedades mercantiles **Industria Venezolana Maicera Pronutricos, C.A. y Protécnica, C.A.**, toda vez que no cumplió con la carga procesal de consignar, conjuntamente con la solicitud de revisión constitucional, copia certificada del documento poder que demostrase tal cualidad; asimismo, omitió consignar copia certificada de la sentencia cuya revisión solicita, documento éste indispensable para la necesaria verificación de su certeza y, con ello, de la posible admisión de la presente solicitud, lo cual no es subsanable ni siquiera con la consignación de copia simple del fallo, por cuanto en este tipo de procedimientos no procede la aplicación del artículo 429 de la Ley Adjetiva Civil, dada la ausencia, en principio, de contradictorio.

Aunado a ello, la solicitante no alegó imposibilidad de obtener la referida copia ni consta en autos ningún elemento del cual se desprenda tal impedimento.

En estos supuestos, el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicable al procedimiento de revisión por constituir una norma de común aplicación a todas las pretensiones que se propongan ante esta Sala Constitucional, tanto las que ameriten tramitación como las que no (ver, en este sentido, ss. S.C. N° 952 del 20-08-10, caso: *Festejos Mar C.A.* y N° 942 del 20-08-10, caso: *Transporte Paccor C.A.*), establece:

“Se declarará la inadmisión de la demanda:

1. Cuando se acumulen demandas o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles.
2. **Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la demandada es admisible.**
3. **Cuando sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el o la demandante, o de quien actúe en su nombre respectivamente.**
4. Cuando haya cosa juzgada o litispendencia.
5. Cuando contenga conceptos ofensivos o irrespetuosos.
6. Cuando haya falta de legitimación pasiva”. (Resaltado añadido).

Ante esa previsión legal es indiscutible la inadmisibilidad de la demanda o petición de revisión, por ello la Sala reitera a los justiciables la necesidad de que se acompañe a la solicitud de revisión los documentos indispensables para su admisión, los cuales, dada la naturaleza del procedimiento acogido para su tramitación, deben consignarse en originales o en copia certificada mediante la cual la Sala pueda establecer con certeza sobre la existencia y contenido del fallo pues, como se señaló, en su tramitación, no existe una fase o etapa de contradicción ni una obligación de notificación de la contraparte que hubiese sido favorecida con el acto de juzgamiento cuestionado o de cualquier otro interesado en el mantenimiento de su validez, que pudiese cuestionar la eficacia de los recaudos consignados, de allí que, para la verificación de la admisión de una solicitud de revisión, éstos no deben arrojar ninguna duda sobre su existencia y validez.

En efecto la Sala, mediante la sentencia N° 1245, dictada el 16 de agosto de 2013, caso: *Antonio José Fereda y otros*, asentó, respecto a la exigencia de esa carga procesal, lo siguiente:

“Del estudio de las actas que conforman la presente solicitud de revisión constitucional, esta Sala observa que al momento de presentar la misma el abogado Roso Antonio Castillo López consignó copias simples (*Cfr.* folios 98 al 122 del expediente) y no certificadas de los poderes mediante los cuales pretende ejercer la representación de los ciudadanos Antonio José Fereda Angulo, Valentín Alfredo Pérez, Roberto Rafael Aponte Moreno, Eulogio Añanguren Mambel, Francisco Javier Nieves Abreu, Vidal José Ramos Villarroel, Manuel Antonio Cisneros, William Eduardo Blanco Rivas, Miguel Antonio Carrera, Neris del Rosario Márquez de Díaz, Vilma Marise Bracovich Domínguez e Isidro Rafael Prado.

En este orden de ideas, cabe destacar que, según doctrina de esta Sala, la condición de apoderado judicial del abogado que presente una solicitud de revisión debe probarse mediante la consignación, junto con el escrito, de copia certificada del poder en que conste el mandato expreso para ello, toda vez que una copia simple de dicho documento no merece fe pública y, por tanto, carece de suficiencia para acreditar la representación que se dice poseer.

En tal sentido, esta Sala, en sentencia N° 1520, del 11 de octubre de 2011, caso: Alirio José Arrieta Marín, reiterada, entre otras, en sentencias N° 1125, de fecha 02 de agosto de 2012, caso: *Cervecería Polar, C.A.*; y, 1255, del 14 de agosto de 2012, caso: *Josefina Carmo-na*, sostuvo lo siguiente:

Ahora, de la revisión de las actas procesales que conforman el expediente, esta Sala advierte que la abogada Claribel Castillo Meza, a pesar de haber consignado copia certificada de la sentencia objeto de revisión, **no acompañó copia certificada del poder que acredite la representación que se atribuye, ya que sólo acompañó copia simple de dicho instrumento.**

Al respecto, esta Sala ha establecido que, por cuanto en la revisión constitucional no existe una contraparte que pueda impugnar los documentos que sean traídos a los autos en copia simple con la solicitud de revisión, el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable.

Cabe destacar que el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil señala, en cuanto al valor probatorio de las copias simples, lo siguiente:

Los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos podrán producirse en juicio originales o en copia certificada expedida por funcionarios competentes con arreglo a las leyes.

Las copias o reproducciones fotográficas, fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible, de estos instrumentos, se tendrán como fidedignas si no fueren impugnadas por el adversario, ya en la contestación de la demanda, si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas. Las copias de esta especie producidas en cualquier otra oportunidad no tendrán ningún valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte.

La parte que quiera servirse de la copia impugnada podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de éste con una copia certificada expedida con anterioridad a aquélla. El cotejo se efectuará mediante inspección ocular o mediante uno o más peritos que designe el juez, a costa de la parte solicitante. Nada de esto obstará para que la parte produzca y haga valer el original del instrumento o copia certificada del mismo si lo prefiere.

La necesidad de consignar un instrumento fehaciente obedece a la certeza que debe obtener esta Sala, respecto del contenido del fallo que pretende impugnarse a través de la revisión, dada la entidad de la sentencia que pretende revertirse. Por ello, la Sala ha considerado que quien pide una revisión debe presentar copia auténtica (fehaciente) del fallo a revisarse, no pudiendo suplantarse el mismo, ni siquiera por la vía del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, ya que en materia de revisión no hay contraparte que controle lo aportado por el solicitante.

De allí que, a juicio de la Sala, quien incoa una revisión tiene la carga de aportar al Tribunal la decisión impugnada, por no ser función de la Sala recabar dicho fallo (...).

Así, el criterio de la Sala, anteriormente citado, es aplicable a los casos como el de autos por la necesidad de comprobar de forma fehaciente, mediante documento auténtico, la representación judicial de quien se presente en nombre de los accionantes, en aras de la seguridad jurídica y, además, debido a que el artículo 133, numeral 3 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia prevé como causal de inadmisibilidad de las demandas que se interpongan ante la Sala Constitucional, la manifiesta falta de representación o legitimación que se atribuya el o la demandante, o de quien actúe en su nombre.

De esta manera, se concluye que con la solicitud de revisión debe, necesariamente, **consignarse original o copia certificada del poder de quien se atribuya la representación judicial de otro, so pena de inadmisión de la solicitud, todo ello en razón de que no debe existir duda acerca de esa representación en cuanto a los efectos jurídicos en cabeza de aquel que podría no haber conferido tal cualidad a quien hubiere actuado en su nombre** y, además, como antes se señaló, en estos procesos no existe una contraparte que pueda impugnar los documentos que sean traídos a los autos en copia simple con la solicitud de revisión, por lo que el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable. Así se decide.

En virtud de las anteriores consideraciones, y por cuanto la abogada Claribel Castillo Meza no acreditó la representación que alegó tener, la revisión constitucional bajo análisis resulta inadmisibile de conformidad con lo que preceptúa el artículo 133, numeral 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide (Negritas de este fallo).

Bajo estos supuestos, esta Sala estima necesario insistir respecto a que con la solicitud de revisión debe, necesariamente, consignarse original o copia certificada del poder de quien se atribuya la representación judicial de otro, “so pena” de la declaratoria de inadmisión de la solicitud, todo ello en razón de que no debe existir duda acerca de dicha representación en cuanto a los efectos jurídicos en cabeza de aquel que podría no haber conferido tal cualidad a quien hubiere actuado en su nombre, por cuanto en estos procesos no existe una contraparte que pueda impugnar los documentos que sean traídos a los autos en copia simple con la solicitud de revisión, por lo que el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable”.

De modo que, tomando en cuenta lo señalado supra la Sala reitera el criterio pacífico referido a que es una carga procesal consignar, conjuntamente con la solicitud de revisión constitucional, copia certificada del documento poder que acredite la representación judicial que aduce tener todo profesional del Derecho que actúe en nombre de una determinada persona natural o jurídica, así como la copia certificada de la decisión cuestionada.

Además, la Sala hace notar que el uso de la notoriedad judicial que tiene atribuido esta Máxima Instancia Constitucional (*vid.* sentencia N° 150, del 24 de marzo de 2000, caso: *José Gustavo Di Mase Urdaneta*), no puede suplir las cargas procesales que tienen los solicitantes cuando interponen la revisión constitucional, por lo que, en el caso sub examine, no es posible en Derecho corroborar la condición de apoderada judicial de las sociedades mercantiles **Industria Venezolana Maicera Pronutricos, C.A. y Protécnica, C.A.** que se atribuye la abogada Losbeliz Páez Arenas.

Por lo tanto, visto que el incumplimiento de una carga procesal necesariamente implica una consecuencia de índole negativa, la Sala considera que es aplicable en el caso bajo estudio lo señalado en el artículo 133 numerales 2 y 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de ello, la Sala declara inamisibile la solicitud de revisión constitucional presentada por la abogada Losbeliz Páez Arenas, antes identificada, quien aduce representar a las sociedades mercantiles **Industria Venezolana Maicera Pronutricos, C.A. y Protécnica, C.A.**, contra la sentencia proferida el 10 de enero de 2017, por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa con sede en Guanare, que confirmó la decisión del 4 de marzo de 2016, dictada por el Juzgado Primero de Sustanciación Mediación y Ejecución del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, en juicio que por indemnización derivada de enfermedad ocupacional incoara el ciudadano Rudy José Anciso contra las mencionadas empresas. Así se decide

TSJ-SC (114)

14-8-2020

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Caso: Cleto Falasca Daniele.

Una vez realizado el examen pormenorizado del presente expediente, procede esta Sala a emitir pronunciamiento de acuerdo a las consideraciones siguientes:

ÚNICO

Corresponde a este órgano jurisdiccional determinar preliminarmente su competencia para conocer de la presente solicitud de revisión, a tal efecto se advierte que el artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le atribuye a esta Sala Constitucional la potestad de “*revisar las sentencias definitivamente firmes 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*”.

Tal potestad de revisión de decisiones definitivamente firmes abarca fallos que hayan sido expedidos tanto por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, así como por los demás tribunales de la República, tal y como se observa en el artículo 25, numerales 10 y 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, pues la intención final es que la Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo intérprete de la Constitución, conforme lo establece el artículo 335 del Texto Fundamental.

En el presente caso, al abogado Marco Antonio Aponte, quien afirmó ser apoderado judicial del ciudadano Cleto Falasca Daniele, solicitó la revisión constitucional de la sentencia del 10 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, en el marco del proceso contentivo de la demanda por desalojo de local comercial ejercida por el hoy identificado como peticionario contra el ciudadano Elvis Juscelino Belizario Llovera, razón por la cual esta Sala asume la competencia para conocer de esta solicitud, de conformidad con lo previsto en los cardinales 10 y 11 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

Correspondiendo entonces a este órgano jurisdiccional el conocimiento sobre la solicitud aquí incoada, es de observar que en el presente caso el abogado ut supra identificado, pretende acreditar su condición de apoderado judicial mediante copia fotostática, certificada por la secretaria del tribunal de instancia, del instrumento poder que le fue conferido en el juicio principal del que devino el fallo objeto de la presente solicitud, razón por la que se estima pertinente la cita del criterio sostenido por esta Sala Constitucional en la sentencia N° 782 del 7 de abril de 2006 (Caso: “José Pascual Bautista Contreras”), en el que se sostuvo que:

“...esta Sala observa que en el caso de autos el apoderado de los solicitantes señaló en su escrito lo siguiente: ‘actuando en este acto como apoderado de JOSÉ PASCUAL BAUTISTA CONTRERAS (...), cualidad que me corresponde conforme consta en el instrumento poder que me fue conferido mediante documento autenticado por ante la Notaría Pública (...) cuyo original se acompaña copia fotostática certificada (...) e igualmente como apoderado de ASOCIACIÓN COOPERATIVA MIXTA DE TRANSPORTE DE CARGA TÁCHIRA S.R.L., conforme consta en poder Apud Acta (...) ocurrió a fin de interponer RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN (sic)...’”

De allí que el representante legal de los solicitantes, actúa con fundamento en copia fotostática certificada de un poder que le fue conferido para el juicio de cobro de prestaciones sociales y otros conceptos, que interpuso el ciudadano José Ramón Peñalosa Vega contra José Pascual Bautista Contreras y la Asociación Cooperativa Mixta de Transporte de Carga Táchira R.L. y en un poder apud acta que le fue conferido el 15 de noviembre de 2004, por el Presidente de la Asociación Cooperativa Mixta de Transporte de Carga Táchira R.L. ante el Juzgado Primero de Transición de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira.

(omissis)

En este sentido, es fundamental que el que dice ser apoderado judicial del solicitante de la revisión acredite la representación que se atribuye, así pues, en el caso de autos se observa, que con relación a la copia fotostática del poder que le otorga la representación al apoderado judicial de José Pascual Bautista Contreras –uno de los solicitantes de la revisión– el mismo señala textualmente: ‘...para que me representen en todos y cada uno de los asuntos relacionados con la demanda por cobro de prestaciones sociales en mi contra intentó José Ramón Peñalosa...’.

(omissis)

Efectivamente, la revisión de una sentencia constituye una atribución exclusiva otorgada constitucionalmente a la Sala Constitucional, que sólo puede ejercer de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, por lo cual su acceso debe entenderse como el

ejercicio de una solicitud independiente, que es del conocimiento exclusivo de la Sala Constitucional, por lo cual, no es, ni puede entenderse como un recurso ordinario o extraordinario, que se deriva de la acción principal.

*De allí que, el poder para interponer la solicitud debe ser especial, **siendo inválido, todo poder que se acompañe en copia fotostática certificada, que sea otorgado para el juicio principal, que originó la decisión de la cual se solicita su revisión. Por tanto, al no constar en autos poder eficaz y suficiente otorgado al abogado que le acredite capacidad para interponer la presente solicitud, resulta imperativo declarar la falta de legitimación del solicitante y así se declara.***” (Destacado añadido).

Conforme al criterio invocado, el cual fue reiterado en la sentencia N° 245/2010, se tiene que la falta de legitimidad del solicitante por ineficacia e insuficiencia de poder acarrea la inadmisión de la solicitud por expresa disposición legal de conformidad con el artículo 133 numeral 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que prevé:

“Artículo 133: Se declarará la inadmisión de la demanda:

(...)

3. Cuando sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el o la demandante, o de quien actúe en su nombre, respectivamente”.

Al respecto, esta Sala ha referido que las causales de inadmisibilidad contenidas en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia son plenamente aplicables a cualquier tipo de recurso, demanda o solicitud que se intente ante esta Sala Constitucional (*vid.* sentencia N° 942 del 20 de agosto de 2010, ratificada en sentencia N° 1125 del 2 de agosto de 2012). En atención a lo anterior, ante la interposición de cualquier tipo de recurso, demanda o solicitud, la parte debe consignar los documentos indispensables para su admisibilidad y en caso de ser apoderado judicial demostrar de forma fehaciente la identificación del instrumento poder que le fuere otorgado, así como su consignación o autos en original o en copia certificada, en aras de la seguridad jurídica que debe imperar en todo procedimiento, ya que esta se concibe como una carga procesal legalmente establecida para el trámite de este tipo de solicitudes, siendo que del cumplimiento de esta depende el reconocimiento de la pretensión postulada.

No obstante lo precedentemente expuesto, se considera necesario hacer notar que esta Sala en su sentencia identificada con el N° 1.350 del 5 de agosto de 2011, señaló que:

“...la exigencia de legitimación procesal se encuentra satisfecha cuando el poder conforme al cual actúa un abogado tiene facultades ‘...al menos genéricas...’, se concluye que, en el marco doctrinario, constitucional y jurisprudencial expuesto, deben admitirse las solicitudes de revisión planteadas conforme a poderes que habiliten genéricamente para actuar en sede jurisdiccional, aun cuando no conste en ellos facultad expresa para solicitar revisiones, pues cualquier solicitud que tienda a poner en marcha el aparato jurisdiccional del Estado y, en especial, el control constitucional de su actuación (como es el caso de la revisión constitucional de sentencias), se encuentra informada del principio de informalidad de la justicia dispuesto en el Texto Fundamental. Todo dentro de esa visión y misión del papel de los magistrados y magistradas, jueces y juezas se torna en la hermenéutica jurídica y la creación del derecho en la adaptación de los nuevos valores incorporados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Ello así, se entiende que esta Sala, procurando la consecución de la justicia material por encima de las formalidades procesales exacerbadas y siendo laxa con los requisitos exigidos para actuar ante este órgano jurisdiccional, ha establecido que esta facultad para intentar las solicitudes de revisión no debe estar consagrada de manera expresa en el documento poder que se confiera a un abogado para actuar en juicio, sin embargo, en el asunto *sub examine* el profesional del derecho que afirmó actuar en nombre y representación del ciudadano señala-

do como solicitante previamente identificado, tal y como antes se indicó, solo se limitó a consignar copia certificada por el tribunal de instancia del expediente en que consta la sentencia que requirió fuere revisada por esta Sala, no pudiendo verificarse de tales reproducciones fotostáticas que el mencionado instrumento poder constara allí en original o copia certificada por el órgano notarial correspondiente, motivos por lo que se estima que en el caso de autos no se cumplió con la carga procesal de acompañar poder suficiente y eficaz que acredite la condición de apoderado judicial de quien se afirmó ser el solicitante de revisión constitucional, en consecuencia, esta Sala Constitucional, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, declara inadmisibles las solicitudes de revisión propuestas. Así se decide.

DECISIÓN

Por las razones que anteceden, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, declara **INADMISIBLE** la solicitud de revisión constitucional, intentada por el abogado Marco Antonio Aponte, quien afirmó ser apoderado judicial del ciudadano **CLETO FALASCA DANIELE**, de la sentencia dictada el 10 de junio de 2019 por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, en el marco del proceso contentivo de la demanda por desalojo de local comercial ejercida por el hoy identificado como peticionario contra el ciudadano Elvis Juscelino Belizario Llovera.

2. *Acción de Amparo Constitucional. Medidas Cautelares*

TSJ-SC (77)

7-7-2020

Magistrado Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos

Caso: José Gregorio Noriega Figueroa y Lucila Angela Pacheco Bravo (Movimiento Voluntad Popular).

En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala del Supremo Tribunal (sentencia del 24 de marzo de 2000, caso: “Corporación L' Hotels, C.A.”) [Véase *Revista de Derecho Público* N° 81, 2000, pp. 395 y ss.] dejó sentado la amplitud de criterio que tiene el juez del amparo para decretar medidas cautelares, al disponer:

“Dada la urgencia del amparo, y las exigencias del artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no puede exigírsele al accionante, que demuestre una presunción de buen derecho, bastando la ponderación por el juez del fallo impugnado; mientras que por otra parte, el *periculum in mora* esta consustanciado con la naturaleza de la petición de amparo, que en el fondo contiene la afirmación que una parte está lesionando a la otra, o que tiene el temor que lo haga y, que requiere que urgentemente se le restablezca o repare la situación.

De allí, que el juez del amparo, para decretar una medida preventiva, no necesita que el peticionario de la misma le pruebe los dos extremos señalados con antelación en este fallo, ni el temor fundado de que una de las partes pueda causar a la otra lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, ya que ese temor o el daño ya causado a la situación jurídica del accionante es la causa del amparo, por lo que el requisito concurrente que pide el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, para que procedan las medidas innominadas, tampoco es necesario que se justifiquen: quedando al criterio del juez del amparo, utilizando para ello las reglas de lógica y las máximas de experiencia, si la medida solicitada es o no procedente.

(...omissis...)

Por ello, el juez de amparo utilizando su saber y ponderando con lo que existe en autos la realidad de la lesión y la magnitud del daño, la admite o la niega sin más”.

Una vez indicado el anterior criterio jurisprudencial, se tiene que el legislador por su parte, en el nuevo texto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial N° 39.522 del 1 de octubre de 2010), acogió los postulados sentados por la jurisprudencia de la Sala y, en el artículo 130, consagró la potestad cautelar general de esta Sala en los términos que siguen:

“**Artículo 130.** En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar y la Sala Constitucional podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto”.

La norma transcrita, viene a positivizar la doctrina pacífica y reiterada de esta Sala (*Vid.* Sent. N° 269/2000, caso: “ICAP”), [Véase: *Revista de Derecho Público* N° 82, 2000, pp. 281 y ss.] según la cual, la tutela cautelar constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, un supuesto Fundamental del proceso que persigue un fin preventivo de modo explícito y directo. De allí su carácter instrumental, esto es, que las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran preordenadas a una decisión ulterior de carácter definitivo, por lo que en relación al derecho sustancial, fungen de tutela mediata y, por tanto, de salvaguarda del eficaz funcionamiento de la función jurisdiccional.

Significa entonces, que el citado carácter instrumental determina, por una parte, su naturaleza provisional y, al mismo tiempo, su idoneidad o suficiencia para salvaguardar la efectividad de la tutela judicial, pues si se conceden providencias que no garantizan los resultados del proceso, la tutela cautelar se verá frustrada en la medida en que no será útil para la realización de ésta.

Resulta así oportuno referir a Calamandrei (1984. *Providencias Cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires), en el sentido de que, como efecto del matiz servicial de las medidas cautelares, éstas deben ser homogéneas con el petitório de fondo, ya que alcanzan su mayor eficacia en cuanto más similares sean a las medidas que habrán de adoptarse para la satisfacción de la pretensión definitiva pues, se reitera, constituyen la garantía de la ejecución del fallo definitivo.

A. *Pérdida de interés. Abandono de trámite*

TSJ-SC (93)

14-8-2020

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Haidee Josefina Arvelaez Campos, Fátima Lupita Vieira De Abreu y Otros.

ÚNICO

Para decidir, esta Sala observa que los accionantes mediante escrito presentado ante la Secretaría de esta sala el 07 de junio de 2016, contra la medida de protección dictada por el “*Tribunal Superior del Estado Guárico (sic), con sede en San Juan de los Morros bajo el N° JSAG-S-088*”, señalaron que dicha decisión, “*está afectando no solo el derecho de posesión de nuestras personas sino que afectó y violó la Garantía Agroalimentaria y propiedad privada*”.

Finalmente, solicitaron que sea admitida y declarada con lugar la presente acción de amparo.

Ahora bien, ha sido criterio reiterado de esta Sala que, en el proceso de amparo, el interés de la parte actora, atendiendo a la tutela de los derechos constitucionales, debe mantenerse a lo largo del proceso que se inicia, en razón de lo cual la falta de impulso procesal durante un plazo superior a seis (06) meses deja entrever que no existe una necesidad imperiosa de que sea resuelto el asunto planteado, circunstancia que se entiende como un abandono del trámite que forzosamente conlleva a la declaratoria de terminado el procedimiento.

Así, esta Sala, en la sentencia N° 982, del 06 de junio de 2001, caso: José Vicente Arenas Cáceres, [Véase: *Revista de Derecho Público* N° 85-86-87-88, 2001, pp. 477 y ss.] ratificada, entre otras, en la decisión N° 439, del 25 de abril de 2012, caso: La Laguna, C.A., estableció lo siguiente:

(...) la pérdida del interés puede sobrevenir en el curso del proceso. Es lo que ocurre cuando el actor desiste de su pretensión, caso en el cual se otorga autoridad de cosa juzgada al desistimiento y se declara la extinción del proceso. También puede ocurrir que decaiga únicamente el interés en el procedimiento que se halla en curso, caso en el cual ocurre el desistimiento del procedimiento a que se refiere el artículo 266 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, puede ocurrir que el interés decaiga por la inacción prolongada del actor o de ambas partes, caso en el cual se extingue la instancia iniciada en protección de determinada pretensión. El Código de Procedimiento Civil señala expresamente los supuestos que configuran la inacción prolongada y que dan lugar a la perención de la instancia. En el caso específico de la inacción prolongada del actor, señala el incumplimiento de ciertas obligaciones procesales como causa de la perención. En la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no consta una regulación semejante, pero en ella se prevé la figura del abandono del trámite, que expresa también el decaimiento del interés del actor, lo cual se deduce del paralelismo entre ese supuesto en la Ley especial y los supuestos de extinción de la instancia, a causa del incumplimiento de las obligaciones del actor, previstas en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil. El abandono del trámite expresa una conducta indebida del actor en el proceso, puesto que revela una actitud negligente que procura la prolongación indefinida de la controversia.

(...)

Tal conclusión deriva de la propia naturaleza del amparo como medio judicial reservado para la tutela inmediata de los derechos y garantías constitucionales cuando las vías ordinarias no resultan idóneas, tal como se desprende de la letra del artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que estatuye para el amparo –al unísono, cabe destacar, con varios tratados internacionales en materia de derechos humanos– un procedimiento breve, gratuito y no sujeto a formalidad en el que la autoridad judicial competente tiene potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella y en la que todo tiempo es hábil y el tribunal debe tramitarlo con preferencia a cualquier otro asunto. Así ha sido declarado por la jurisprudencia patria pacíficamente, aún antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En efecto, si el legislador ha estimado que, como consecuencia de ese carácter de urgencia que distingue al amparo, la tolerancia de una situación que se entiende lesiva de derechos fundamentales, por más de seis meses, entraña el consentimiento de la misma y, por tanto, la pérdida del derecho a obtener protección acelerada y preferente por esa vía, resulta lógico deducir que soportar, una vez iniciado el proceso, una paralización de la causa sin impulsarla por un espacio de tiempo semejante, equivale al abandono del trámite que había sido iniciado con el fin de hacer cesar aquella situación lesiva o amenazadora de derechos fundamentales. Por tanto, resultaría incongruente con la aludida naturaleza entender que el legislador hubiere previsto un lapso de caducidad de seis meses para la interposición de la demanda y, al propio tiempo, permitiese que se tolerase pasivamente la prolongación en el tiempo de la causa, sin la obtención de un pronunciamiento, por un lapso mayor a aquél.

(...)

De conformidad con lo expuesto, la Sala considera que la inactividad por seis (6) meses de la parte actora en el proceso de amparo, en la etapa de admisión o, una vez acordada ésta, en la práctica de las notificaciones a que hubiere lugar o en la de la fijación de la oportunidad para la celebración de la audiencia oral, por falta de impulso del accionante, ocasiona el abandono del trámite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y, con ello, la extinción de la instancia (Resaltado de este fallo).

De este modo, en sintonía con el criterio jurisprudencial anteriormente transcrito, se desprende que los justiciables que instan a los órganos jurisdiccionales para obtener la tutela de sus derechos fundamentales, deben mantener a lo largo del proceso, el interés en la obtención de la tutela urgente y preferente del amparo, lo cual se demuestra mediante la presentación de escritos o diligencias en los cuales tal interés quede manifiesto.

Bajo estos supuestos, esta Sala observa que, en el presente caso los abogados Germán Jesús Piña y Juan Carlos Rondón, asistiendo a los ciudadanos Haidee Josefina Arvelaez Campos, Fátima Lupita Vieira de Abreu, Agustín Valera Costa y Domingo Rafael Arvelaez Campos, desde el 07 de junio de 2016, fecha en la que procedieron a interponer la presente acción de amparo, hasta la presente fecha no se han realizado ninguna actuación que impulsara el proceso, evidenciándose que transcurrieron más de seis (06) meses, en razón de lo cual operó la pérdida del interés y, por ende, el abandono del trámite de la acción de amparo propuesta, de manera que para esta Sala resulta forzoso declarar el abandono del trámite y, en consecuencia, la terminación del procedimiento, por cuanto en el presente caso no se ve afectado el orden público ni las buenas costumbres. Así se declara.

3. *Acción de amparo constitucional contra la sentencia. Admisibilidad*

TSJ-SC (94)

14-8-2020

Magistrado-Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: ARTEC CONSTRUCCIONES C.A.

No es posible la incoación del amparo constitucional contra una omisión de la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, ya que existe una prohibición expresa de la ley que rige ese medio de tutela constitucional, en cuanto a la admisión de tal demanda cuando tenga por objeto un acto u omisión de juzgamiento de alguna de las Salas de este máximo organismo jurisdiccional.

Antes de cualquier pronunciamiento, debe esta Sala determinar su competencia para conocer de la presente acción de amparo constitucional y, a tal efecto, observa el criterio establecido en sentencia N° 1638/2012, lo siguiente:

...Omissis...

En el presente caso, resulta evidente que esta Sala Constitucional no es el tribunal jerárquicamente superior de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia contra cuya presunta omisión fue ejercida la pretensión de amparo.

Sin embargo, corresponde a esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el ejercicio de la jurisdicción constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el cardinal 1 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 335 y 336.10 *eiusdem*.

Al respecto, es oportuno señalar el criterio sostenido por esta Sala Constitucional, en sentencia del 20 de enero de 2000, en el caso Emery Mata Millán, en la cual estableció lo siguiente:

...Omissis...

La jurisdicción constitucional comprende, entre otros asuntos, no sólo 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 legal (artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también la revisión de las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva (numeral 10 del artículo 336 de la Constitución).

Si bien es cierto, que la Constitución dispone la promulgación de una Ley Orgánica para regular el ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es principio aceptado en la doctrina constitucional, que los preceptos orgánicos son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos, y, en particular, por los órganos a los que la disposición constitucional se refiere. Existan o no las normas que desarrollen la regulación constitucional, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por lo tanto, establece pautas para el funcionamiento del órgano al que se refiera la norma constitucional. En consecuencia, aún cuando no haya sido dictada la ley que desarrolle el precepto constitucional, la disposición contenida en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es de aplicación inmediata por la Sala Constitucional.

Por tanto, esta Sala establece que ha sido facultada en materia de amparo de la siguiente forma:

Por ser función de esta Sala, según el artículo 335 de la Constitución, la interpretación de dicha Carta Magna es claro que la materia de su conocimiento abarca las infracciones constitucionales, como lo demuestran las atribuciones que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorga a la Sala Constitucional en su artículo 336. Esta circunstancia la convierte en la Sala que por la materia tiene la competencia para conocer, según el caso, de las acciones de amparo constitucional propuestas conforme a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales...

Así pues, de conformidad con el criterio establecido en la sentencia anteriormente transcrita y las normas antes mencionadas en ella, corresponde a esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como máxima instancia en materia constitucional, la competencia para conocer de la acción de amparo de autos. Así se declara.

Observa la Sala que el abogado Gilberto León Álvarez, actuando en su condición de apoderado judicial de la sociedad mercantil Artec Construcciones, C.A., intentó ante esta Sala Constitucional acción de amparo contra la sentencia N° 198, dictada el 30 de mayo de 2019, por la Sala de Casación Civil, para cuya fundamentación denunció la violación de normas constitucionales, y en tal sentido se evidencia del presente expediente, (folio 12) que dicha representación judicial señaló en el escrito de amparo que el único remedio que tiene y dispone para anular la sentencia “*lesiva*” es la acción de amparo constitucional, “*en razón de que en primer lugar, no existe la posibilidad de que por vía ordinaria se le pueda reparar la lesión sufrida*”, ya que la misma tiene carácter de firmeza y de cosa juzgada.

Asimismo, solicitó ante esta Sala Constitucional, se admita y se declare con lugar la presente acción de amparo constitucional y se anule la sentencia N° 198 dictada el 30 de mayo de 2019, por la Sala de Casación Civil de este Máximo Órgano jurisdiccional.

Ahora bien, estima esta Sala importante recordar el contenido del artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el cual se señala que es el más Alto Tribunal de la República y la máxima representación del Poder Judicial, contra las decisiones que dicte, en cualquiera de sus Salas, no se oirá ni admitirá recurso alguno, con la salvedad de la solicitud de revisión atribuido a la competencia de esta Sala. Dicho artículo dispone expresamente lo siguiente:

Artículo 3. **Máxima Instancia.** El Tribunal Supremo de Justicia es el más alto tribunal de la República; contra sus decisiones, en cualquiera de sus Salas, no se oirá, ni admitirá acción ni recurso alguno, salvo lo que se dispone en la presente Ley.

En este mismo sentido, el artículo 6.6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece lo siguiente:

Artículo 6. No se admitirá la acción de amparo:

(...)

6) Cuando se trate de decisiones emanadas de la Corte Suprema de Justicia.

Al respecto, esta Sala en sentencia N° 1.291 del 19 de julio de 2001 (caso: “*Erasmus Carmona Rivas*”), precisó lo siguiente:

(...) la presente demanda de amparo no fue interpuesta contra una decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sino contra una omisión de ésta, tal como se indicará supra.

En tal sentido, esta Sala considera necesario señalar que, así como no cabe recurso alguno contra las decisiones del más alto Tribunal por ser el máximo tribunal en la jerarquía jurisdiccional, con la sola excepción del recurso revisión, debe entenderse e interpretarse, por analogía, que contra las omisiones o falta de pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia, tampoco se admitirá u oírá recurso alguno, con la salvedad de la excepción preanotada, a tenor de lo previsto en las normas aludidas, puesto que no existe ningún tribunal de mayor jerarquía que pueda conocer de aquéllos.

Ello así, la presente demanda de amparo resulta inadmisibile (...).

Asimismo, esta Sala en sentencia N° 112 del 8 de marzo de 2010 (caso: “*Ramón Guerra Betancourt*”), indicó lo siguiente:

... en el caso bajo examen se ejerció un amparo constitucional contra una supuesta omisión de la Secretaría de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

(...)

Conforme con la norma y fallos antes transcritos es claro que no es posible la incoación del amparo constitucional contra una omisión de la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, ya que existe una prohibición expresa de la ley que rige ese medio de tutela constitucional, en cuanto a la admisión de tal demanda cuando tenga por objeto un acto u omisión de juzgamiento de alguna de las Salas de este máximo organismo jurisdiccional.

En conclusión, como la demanda de autos se contrae a un amparo contra la Secretaría de la Sala Político-Administrativa, se declara la inadmisión de la pretensión... (Subrayado añadido).

De lo anterior se colige que, no es posible intentar una demanda de amparo constitucional contra el pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia, ya que existe una prohibición expresa de la ley que rige la materia del amparo constitucional de admitir este tipo de acción contra las decisiones de alguna de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia por ser éste el máximo órgano jurisdiccional.

En consecuencia, la solicitud planteada por el abogado Gilberto León Álvarez, actuando en su condición de apoderado judicial de la sociedad mercantil Artec Construcciones, C.A., donde intentó ante esta Sala Constitucional demanda de amparo contra la sentencia N° 198, dictada el 30 de mayo de 2019, por la Sala de Casación Civil, de este Máximo Tribunal, resulta inadmisibile de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

DECISIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara **INADMISIBLE** la acción de amparo constitucional interpuesta por el abogado Gilberto León Álvarez, actuando en su condición de apoderado judicial de la sociedad mercantil **ARTEC CONSTRUCCIONES, C.A.**, contra la sentencia N° 198, dictada el 30 de mayo de 2019, por la Sala de Casación Civil, de este Tribunal Supremo de Justicia

TSJ-SC(95)**14-8-2020**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Julio César Tovar López

ÚNICO

En forma previa, pasa la Sala a determinar la competencia para conocer de la presente acción de amparo. Al respecto, debe señalarse que corresponde a esta Sala Constitucional el conocimiento de las demandas de amparo constitucional interpuestas contra las decisiones, actos u omisiones que provengan de los Juzgados Superiores de la República, salvo las que sean dictadas por los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo preceptuado en el cardinal 20 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En tal sentido, por cuanto la acción de autos se interpuso contra una presunta negativa u omisión contra la ciudadana Darcy Lorena Sánchez Nieto, en su condición de Jueza Rectora y Presidenta del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy, esta Sala, congruente con las disposiciones mencionadas, se declara competente para conocer de la misma. Así se declara.

Ahora bien, una vez determinada la competencia, esta Sala observa que la principal denuncia reside en que el ciudadano Julio César Tovar López, “(...) fue imputado formalmente ante este Tribunal de Control N° 6, [su] patrocinado, por el delito de USO DE DOCUMENTO FALSO, y por cuanto en esa fecha es que tengo conocimiento de lo tratado y procesado por el tribunal en el asunto en cuestión, toda vez que [a su] patrocinado, jamás se le respeto (sic) la condición de víctima querellante, fue asistidos (sic) por profesionales del derecho, y no por el Ministerio Público (...)”. Asimismo, señaló que solicitó ante el mencionado tribunal “(...) con énfasis a la ciudadana juez [le] permitiera el acceso al expediente, por cuanto, por razones no explicadas antes de la imputación y posteriormente fue y ha sido imposible que se [le] dé acceso al expediente, [dejando a su defendido] en absoluta indefensión (...), toda vez que esta parte no ha podido realizar ni interponer recurso alguno, ante decisiones que se han tomado en perjuicio del imputado (...)”. Solicitó a esta Sala, que ordene “(...) de manera inmediata a la Jueza Rectora y Presidenta del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, ciudadana, abogada, DARCY LORENA SÁNCHEZ NIETO (...)”.

Esta Sala advierte que con el escrito contentivo de la acción de amparo constitucional, el abogado José Luis Altuve Aular, quien se atribuyó el carácter de “abogado de confianza” del ciudadano Julio César Tovar López, no consignó un ejemplar del poder original autenticado ante la Notaría Pública respectiva, en copia certificada o *ad effectum videndi* ante la Secretaría de esta Sala Constitucional, sin aludir a alguna situación que en particular le hubiese impedido su presentación, lo cual imposibilita constatar la representación que se atribuye.

Sobre el particular, esta Sala Constitucional reiteradamente ha ratificado su doctrina referida a que, para la interposición de un amparo constitucional, cualquier persona que considere haber sido víctima de lesiones constitucionales, que reúna las condiciones necesarias

para actuar en juicio, puede ser parte actora en un proceso de ese tipo. Sin embargo, al igual que para cualquier otro proceso, si ese justiciable, por más capacidad procesal que posea, no puede o no quiere por su propia cuenta postular pretensiones en un proceso, el *ius postulandi* o derecho de hacer peticiones en juicio deberá ser ejercido por un abogado que tenga atribuido el derecho de representación en virtud de un mandato o poder auténtico y suficiente; de lo contrario, la ausencia de tan indispensable presupuesto procesal deberá ser controlada de oficio por el juez de la causa mediante la declaratoria de inadmisibilidad de la acción (vid. sentencias N° 1364, del 27 de junio de 2005, caso: “*Ramón Emilio Guerra Betancourt*”; ratificada, entre otras, en sentencias Nros. 2603 del 12 de agosto de 2005, caso: “*Gina Cuenca Batef*”; 152 del 2 de febrero de 2006, caso: “*Sonia Mercedes Look Oropeza*”; 1316 del 3 de junio de 2006, caso: “*Inversiones Inmobiliarias S.A.*” y 1894 del 27 de octubre de 2006, caso: “*Cleveland Indians Baseball Company*”).

En tal sentido, esta Sala igualmente ha establecido (vid. entre otras s.S.C. números 808/2007, 804/2008, 816/2009, 111/2011, 841/2013, 1334/2013 y 1048/2014) que la demanda de amparo debe estar acompañada del original o de la copia certificada del poder que acredite la legitimación del abogado que actúe en nombre del accionante, así como de la documentación que permita verificar la adjudicación de ese mandato si el mismo proviene de una delegación de poder en nombre de un representante de una persona jurídica de derecho privado o de un órgano o ente de carácter público.

Asimismo, la Sala observa que en el presente caso, no resulta aplicable la excepción aceptada en las causas penales, que permite a los defensores públicos o privados intentar a favor de su defendido la acción de amparo constitucional, sin que medie poder o facultad expresa; siempre y cuando se evidencie en las actas procesales del amparo algún otro documento demostrativo del carácter de defensor, pues, no consta ningún documento demostrativo que señale al abogado José Luis Altuve Aular, quien se atribuyó el carácter de “abogado de confianza”, alguna actuación en la causa penal primigenia. (vid. sentencia de esta Sala número 777 del 12 de junio de 2009).

A la luz de los anteriores criterios, siendo que el referido abogado carece de facultad para actuar en nombre y representación del ciudadano Julio César Tovar López, ya que no consignó la documentación necesaria para ejercer la tutela invocada, resulta imperioso para esta Sala Constitucional declarar la inadmisibilidad de la presente acción, con fundamento en lo estipulado en el artículo 18 cardinal 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y artículo 133 cardinales 2 y 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicable al procedimiento de amparo constitucional, tal como lo dispone el artículo 48 de la referida Ley Orgánica de Amparo. Así se declara.

Asimismo, esta Sala constata que los derechos denunciados como quebrantados en el presente caso sólo tienen incidencia en la esfera particular del accionante, sin que de alguna manera se vea afectado, ni lesionado, vulnerado o menoscabado, directa o indirectamente el orden público, las buenas costumbres o parte de la colectividad.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, declara **INADMISIBLE** la acción de amparo constitucional interpuesta por el abogado José Luis Altuve Aular, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 101.822, quien se atribuyó el carácter de “abogado de confianza” del ciudadano **JULIO CÉSAR TOVAR LÓPEZ**, contra la ciudadana Darcy Lorena Sánchez Nieto, en su condición de Jueza Rectora y Presidenta del Circuito Judicial Penal del Estado Yaracuy.

Comentarios Jurisprudenciales

SOBRE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL VINCULANTE DEL CUARTO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 317 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL: INICIO DE LA VIGENCIA DE LA LEY TRIBUTARIA

Taormina Cappello Paredes*

Abogado

Resumen: *Se analiza el criterio interpretativo vinculante desarrollado por la Sala Constitucional del máximo tribunal venezolano, sobre el cuarto párrafo del artículo 317 constitucional: el inicio de la vigencia de la ley tributaria*

Palabras Clave: *Interpretación, criterio judicial vinculante, vigencia de la ley, entrada en vigencia de la ley tributaria*

Abstract: *Analysis of the binding interpretative criteria developed by the Constitutional Chamber of Venezuela's highest hierarchy Court on Article 317 fourth paragraph of the Constitution, the entering into effect of tax law.*

Key words: *Interpretation, binding judicial criteria, enforceability of the law, entry into force of tax law.*

INTRODUCCIÓN

Constituye un elemento de altísima importancia determinar con exactitud cuándo comienza y termina la vigencia de una ley tributaria. No obstante la existencia de las nociones desarrolladas por la filosofía analítica¹ respecto a *validez, vigencia y aplicabilidad*, en este trabajo solo nos ocuparemos de la segunda y tercera noción, todo ello sin perjuicio de poder hacer comentarios, sobre la *validez formal y sustancial* que sostiene FERRAJOLI.²

Vigencia en el sentido de determinar si estamos en presencia de una ley que no ha sido derogada por otra ni anulada, o lo que es igual, una norma jurídica existe y está *vigente* al ser

* Abogado (UCAB), especialista en Derecho Tributario (UCV). Estudios de postgrado en Derecho Tributario (Universidad de Salamanca-España). Doctorando en Derecho (UCV) y cursante de la Especialidad en Técnicas de interpretación y motivación de las decisiones judiciales (Universitat de Girona España-Università di Génova Italia). Profesora por concurso de oposición en el escalafón de agregado en pre y postgrado, Jefe de la Cátedra de Finanzas Públicas e Investigadora Invitada del Instituto de Derecho Público (UCV).

¹ Véase *in totum*, Delgado Pino, José. "Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas", en *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 7, pp. 101-167. Universidad de Alicante. España, 1990. *Cfr.* Peña Freire, Antonio M. "Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 16, pp. 99-120. Sociedad española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP). España, 1999.

² Ferrajoli, Luigi. "La lógica en el derecho. Una respuesta a Riccardo Guastini", en *ISONOMÍA* N° 50, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Octubre 2019, p. 136.

promulgada³ y publicada, al no haber sido abrogada, anulada ni derogada por otra.⁴ Debemos señalar que la ley podría tener una vigencia posterior a su publicación si ella específicamente lo señala en su texto, tal como ocurrió, por ejemplo en el artículo 343 del COT de 2001,⁵ y de forma similar en los COT de 2014⁶ (artículo 349) y 2020⁷ (artículo 352). Ello está previsto en el artículo 1 del Código Civil⁸ y el artículo 2 de la Ley de Publicaciones Oficiales.⁹

Aplicabilidad, en el sentido de determinar en qué preciso momento o para qué supuestos esa normativa se hace exigible. En relación a la noción sobre la aplicabilidad o exigibilidad normativa, sostenemos que se vincula perfectamente con lo que Sánchez-Covisa denominó *vigencia in concreto*:¹⁰ donde se exige el estudio de las situaciones de hecho sobre las cuales la ley desarrolla su *fuerza vinculante u obligatoriedad efectiva*. Así las cosas, puede darse el caso de estar en presencia de una norma válida, vigente pero no exigible, o bien, una norma válida pero no vigente y por lo tanto no aplicable, o bien una norma válida, vigente y exigible que posteriormente es declarada inválida por su anulación y por lo tanto imposible de continuar exigiéndose su obligatoriedad.¹¹

³ “...todo acto (serio) de promulgar una norma (=todo acto de prescribir) da lugar a la existencia de una norma...”. Alchourrón, C.E. y Bulygin, E. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Universidad de Carabobo. Valencia. Venezuela, 1979, p. 37. Esta posible *coincidencia* entre la promulgación, la publicación y la vigencia de la norma, en materia tributaria sufre una razonable y lógica excepción dada por el mismo Texto Fundamental y luego recibida por el Código Orgánico Tributario, nos referimos a la *vacatio legis*.

⁴ Todo ello conforme al artículo 218 del Texto Fundamental venezolano, que establece la posibilidad de que las leyes se deroguen por otras leyes y se abroguen por referendo, salvo las excepciones establecidas en la misma Constitución, pudiendo también ser reformadas total o parcialmente. Al respecto de las excepciones sobre la abrogación de las leyes, el artículo 74 *eiusdem* excluye expresamente someter a este tipo de referendo, a las que *establezcan o modifiquen impuestos*.

⁵ “Artículo 343. Las disposiciones establecidas en el Título I, Título II, Sección Primera, Segunda, Tercera, Quinta, Novena, Décima y Décima Segunda del Capítulo III del Título IV, y los artículos 122, 340 y 342 de este Código, entrarán en vigencia al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial. Las disposiciones establecidas en la Sección Cuarta del Capítulo II del Título III, así como el artículo 263 de este Código, entrarán en vigencia trescientos sesenta días (360) continuos después de su publicación en la Gaceta Oficial. El resto de las disposiciones de este Código entrarán en vigencia noventa (90) días continuos después de su publicación en la Gaceta Oficial”. COT de 2001 publicado en la Gaceta Oficial N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001.

⁶ Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.152 Extraordinario de fecha 18 de noviembre de 2014.

⁷ Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario de fecha 29 de enero de 2020.

⁸ “Artículo 1. La Ley es obligatoria desde su publicación en la Gaceta Oficial o desde la fecha posterior que ella misma indique” Código Civil publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990, de fecha 26 de julio de 1982.

⁹ “Artículo 2. Las leyes entrarán en vigor desde la fecha que ellas mismas señalen; y en su defecto, desde que aparezcan en la GACETA OFICIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA, conforme lo estatuye la Constitución Nacional” Ley de Publicaciones Oficiales, publicada en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 20.546 de fecha 22 de julio de 1941.

¹⁰ Sánchez-Covisa, Joaquín. *La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano*. Tesis presentada a la Ilustre Universidad Central de Venezuela para optar al Título de Doctor en Ciencias Políticas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Clásicos Jurídicos Venezolanos N° 2. Caracas, 2007, p. 40.

¹¹ *Cfr.* Delgado, Francisco. *Introducción al Análisis Jurídico*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2005, p. 225

Sobre este particular el profesor García Amado identifica más de 7 posibles combinaciones, cuya revisión no dudamos en sugerirles.¹²

A los efectos del presente estudio supondremos que en todos los casos por analizar siempre estaremos frente a una ley o norma *válida*¹³ jurídicamente, desde una concepción descriptiva del concepto,¹⁴ en otras palabras, una norma obtenida como producto de un proceso de formación legalmente establecido, ejecutado por los órganos competentes, en acatamiento a las normas jerárquicamente superiores,¹⁵ o como lúcidamente lo afirma Delgado, *validez* que supone una consecuencia del hecho de que su creación se lleve a cabo de acuerdo con lo que otras normas –superiores a aquella que va a ser creada– establezcan.¹⁶

Las nociones de *vigencia* y *aplicabilidad* con cierta frecuencia son utilizadas como sinónimos, pero en definitiva ellas cumplen funciones distintas y de gran significación por las consecuencias que generan.

En ese sentido puede verse la reciente sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador N° 56-10-AN/20 con ponencia del magistrado Alí Lozada Prado, de fecha 23 de septiembre de 2020, cuando hizo uso de dichas nociones así:

¹² García A., Juan A. [@JuanAGAmado] (10 de octubre de 2020), [Las combinaciones posibles entre validez, vigencia y aplicabilidad de una norma son: (1) Válida, vigente y aplicable. La situación estándar o más común...]. Twitter: <https://twitter.com/JuanAGAmado/status/1314999029626032131>

¹³ Juicio de validez que fue entendido en la teoría Kelseniana para la etapa de culminar su obra la Teoría Pura del Derecho en 1960, dentro de una concepción normativa como *obligatorio*, predicable tanto de las normas como de todo el ordenamiento jurídico, que ante la afirmación “una norma es válida” suponía que debía ser observada y cumplida. Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Editorial universitaria de Buenos Aires. Decimoséptima edición. Argentina, 1981, p. 201. De la misma manera, el profesor Sánchez-Covisa, de la mano de quien hicieramos nuestra primera investigación académica sobre este tema en el año 2009, advierte igual significado esta vez asimilándolo a la palabra *vigencia*: “El estudio de la vigencia temporal de las leyes, por consiguiente, la determinación del período de tiempo durante el cual tiene la ley carácter de obligatorio”, para más adelante, al inicio y final de la cita de pie de página 47 asentar: “El concepto de vigencia se identifica, por lo tanto, con el concepto de validez, como categoría lógico-normativa.// Vigencia equivale, pues, a fuerza vinculatoria u obligatoriedad” Sánchez-Covisa, Joaquín. *ob.cit.*, pp. 38-39. *Cfr.* Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis, S.A. Tercera edición revisada y corregida. Bogotá. Colombia, 2007, pp. 20-27. *Cfr.* Rubio Correa, Marcial. “La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *THÉMIS, Revista de Derecho* N° 51. Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú, 2005, pp. 7-18.

¹⁴ Vale decir, al margen de la idea de invitación a la obediencia de la norma por solo serlo, o en palabras de Guastini, “[l]os juicios de obligatoriedad, ya que se fundan en una norma, tienen carácter genuinamente *normativo*. Los juicios de validez, ya que se fundan en una definición, tienen el carácter de simple reconocimiento. Después de todo, se pueden “reconocer” las setas venenosas, sin por ello “aceptar” comérselas”. Guastini, Riccardo. “Nomas supremas” en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 17-18. Universidad de Alicante. España, 1995, p. 268

¹⁵ Véase Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1996, pp. 50-52.

¹⁶ Delgado, Francisco. *op.cit.*, p. 231. Véase Abache Carvajal, Serviliano. “Sobre la (in) validez normativa y aplicación en el tiempo de la ley “constitucional” que crea el impuesto a los grandes patrimonios en Venezuela”, en *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario* N° 82, Año 57, agosto de 2020, pp. 449-469. Centro de Investigaciones en Tributación. Bogotá, 2020, y Abache Carvajal, Serviliano. “Validez, vigencia y aplicabilidad del decreto N° 2.163 de reforma de la Ley Impuesto sobre la Renta”, en *Revista de Derecho Público*. N° 143-144, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 285-296.

“18. Ahora bien, el Ministerio de Salud Pública sostuvo que la *derogatoria* de la Ley Orgánica de las Instituciones Públicas de los Pueblos Indígenas (constante en la disposición derogatoria primera de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, publicada en el segundo suplemento del registro oficial N° 283, de 7 de julio de 20147) determinó que la obligación dejó de ser *exigible* (párr. 7 *supra*), pero no hay razones que fundamenten tal conclusión. Así, dado que la norma fue *válida*, tenía la virtualidad de generar efectos jurídicos, entre ellos, establecer obligaciones, lo que no se afecta por su posterior pérdida de *vigencia*. Por ejemplo, si hoy se derogara el artículo 113 del Código del Trabajo, que prevé la decimocuarta remuneración, ello no significaría que las obligaciones previamente generadas dejen de ser exigibles.”¹⁷

Pues bien, como antes acotamos, Ferrajoli, sugiere dejar de un lado el género *simplificaciones* y entrar al análisis de dos elementos de las condiciones normativas: la *conformidad* y la *coherencia*.¹⁸ En primer lugar, distingue para ello entre la *vigencia* y la *validez* así: *vigencia* entendida como la existencia de los actos formales producida por la conformidad *de al menos alguna* de sus formas con alguna de las normas formales; y *validez* entendida como la regularidad de esos mismos actos producida por la conformidad *de todas sus formas* con las normas formales y *de al menos uno de sus significados* con todas las normas sustantivas sobre su producción.¹⁹

En segundo lugar, advirtiendo que la validez es una noción compleja, plantea sus dos dimensiones, (i) *validez formal*: cuando la *conformidad* de las formas del *acto* está acorde con todas las normas formales y, (ii) *validez sustancial*: cuando se trate de una *decisión*, la *coherencia* de al menos uno de sus significados con todas las normas sustantivas sobre su producción.²⁰

Y agrega, “mientras que la validez formal hace referencia, como la vigencia, a las formas de los actos formales, la validez sustancial hace referencia a los significados de esos particulares actos formales que son las decisiones.”²¹

En nuestro país, guían la tarea determinativa de la vigencia y de la aplicabilidad de la ley tributaria, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (que llamaremos en este trabajo Texto Fundamental, Constitución Nacional (CN) o Constitución) cuya vigencia en el tiempo sea aplicable y que detallaremos más adelante, varios instrumentos legales: el Código Civil,²² la Ley de Publicaciones Oficiales,²³⁻²⁴ y el Código Orgánico Tributario (COT) que resulte aplicable, también, en razón del tiempo.

¹⁷ Cursivas en negritas mías. Disponible en: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUuLCB1dWlkOic5ODJmMjc3Mi0xMDkyLTQ4ODktOTczZi1mODk0MwYzYWQ5ZmQucGRmJ30=

¹⁸ Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del Derecho*. Perfecto Andrés Ibañez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchis y Alfonso Ruiz Miguel (Traductores). Trotta, Madrid, 2011-2013, p. 499. Véase en este sentido la explicación de Atienza sobre el planteamiento de Ferrajoli. Atienza, Manuel. *Interpretación Constitucional*. Universidad Libre. Colombia, 2010, p. 74.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ *Ibidem*, p. 502.

²¹ *Ibidem*, p. 505.

²² Publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990, de fecha 26 de julio de 1982.

²³ Publicada en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 20.546, de fecha 22 de julio de 1941.

Dentro de esa tarea de fijación de la *vigencia* y de la *aplicabilidad* de las normas tributarias, entra en juego, con un papel preponderante, la *interpretación*.

En otras oportunidades hemos sostenido que la *interpretación* se entiende como el acto o conjunto de actos tendentes a *desentrañar* el verdadero sentido y significado de la norma diseñada por el legislador en sentido abstracto, para luego poder aplicarla a los hechos, y que se complejiza aún más cuando nos encontramos ante el ámbito tributario, que implica inescindiblemente, la consideración de fenómenos con contenido y de significado económico. Vale decir, en materia tributaria, al ejercicio ya complicado por su naturaleza intrínseca de interpretar la norma jurídica, le debemos sumar la tarea de valorar otro difícil fenómeno: el económico.²⁵

En el presente trabajo nos referiremos a esa misma *interpretación*, ya no de la norma legal, sino de la norma constitucional que se ocupa de establecer la vigencia temporal de la norma tributaria. Se trata del párrafo cuarto del artículo 317 constitucional vigente, el cual señala, como veremos más adelante en un análisis de la jurisprudencia seleccionada, las pautas generales en materia de vigencia de la ley de contenido tributario, siendo el Código Orgánico Tributario quien lo desarrolla en su artículo 8.

Revisaremos, en el primer Capítulo, el sentido y significado del artículo 317 constitucional de acuerdo con los criterios jurisprudenciales dictados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC/TSJ o SC). Para ello resaltaremos las máximas interpretativas que emanan de tres sentencias dictadas por ella. La primera del año 2001 con motivo de conocer y declarar sin lugar una acción de amparo; la segunda del año 2004 en la cual se declaró sin lugar un recurso de nulidad; y la tercera del año 2015, declarando el decaimiento del objeto de un recurso de nulidad. Luego del análisis de cada sentencia, dejaremos conocer nuestras observaciones sobre los *criterios vinculantes* expresados por la Sala Constitucional.

Por lo anterior advertimos que, nuestro estudio no se vincula con la *interpretación abstracta*²⁶ del enunciado constitucional, interpretación ésta que encuentra su fundamento en la sentencia N° 1077 dictada por la SC, de fecha 22 de septiembre de 2000, caso Servio Tulio León,²⁷ y en donde la Sala se atribuyó amplias facultades interpretativas, reservándose entre otras, la potestad de interpretar *in abstracto* la Constitución, en base a posibles existencias de conflictos entre la norma constitucional y los valores que la informan.

²⁴ Véase Cappello Paredes, Taormina. “La vigencia temporal de la ley tributaria en el ordenamiento jurídico venezolano. Referencia a casos prácticos. Primera parte”. *Revista de Derecho Tributario*. Asociación venezolana de Derecho Tributario-Legis. N° 131. Caracas, 2011, pp. 94-96.

²⁵ Cappello Paredes, Taormina. “Consideraciones respecto a la interpretación del principio de capacidad contributiva previsto en la Constitución venezolana”, en *Derecho Tributario Contemporáneo. Libro homenaje a los 50 años de la Asociación venezolana de Derecho Tributario*. Leonardo Palacios Márquez y Serviliano Abache Carvajal (Coordinadores). pp. 377-399. Asociación venezolana de Derecho Tributario y Editorial Jurídica venezolana. Caracas, 2019, p. 377.

²⁶ Escovar León, Ramón. “Límites de la interpretación constitucional”, en *Revista de Derecho Público* N° 157/158, pp. 46-64. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019, p. 56. Sobre la *interpretación Constitucional autónoma*, Cfr. Crazut Jiménez, Carla. “Interpretación constitucional e interpretación de la Constitución”, en *Apuntes Filosóficos*. Vol. 19. N° 37, pp. 27-63. Escuela de Filosofía, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2010, pp. 49-63.

²⁷ Brewer-Carías, Allan R. “Comentario jurisprudencial. La Sala Constitucional vs. la competencia judicial en materia de interpretación de las leyes”, en *Revista de Derecho Público*. N° 123, pp. 187-196. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010, p. 189.

En el Capítulo II, y de forma solo ilustrativa, revisaremos cómo ha sido aplicado ese *criterio de interpretación vinculante* por la Sala Político Administrativa del mismo tribunal (SPA/TSJ O SPA) en distintos casos allí sustentados y resueltos, todo ello con la finalidad de puntualizar: (i) el amplio margen de aplicación de este criterio de interpretación a distintas materias impositivas; (ii) la sujeción estricta e íntegra, o, por el contrario, sesgada y aparente al criterio interpretativo; y (iii) nuestras observaciones relativas a los casos decididos respecto a las materias sobre las cuales no se pronunció específicamente la Sala en cada caso.

Luego de realizados los anteriores ejercicios analíticos, estaremos en condiciones para en el Capítulo III referido a nuestras conclusiones determinar doctrinariamente, qué tipo de interpretación realizó la Sala Constitucional en relación al cuarto párrafo del artículo 317 constitucional. En este mismo último capítulo, expondremos otras reflexiones sobre la interpretación realizada por la SC del TSJ.

Finalmente, encontrarán las referencias bibliográficas y en un Apéndice podrán observar un cuadro comparativo²⁸ sobre los artículos constitucionales que históricamente han regulado la vigencia temporal tanto de las normas en general, como de las normas de contenido tributario, establecidos los Textos Fundamentales venezolanos desde 1947 hasta 1999.

I. SOBRE LA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL CUARTO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 317 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Establece el párrafo cuarto del artículo 317 de la Carta Fundamental vigente,²⁹ lo siguiente:

Toda ley tributaria fijará su lapso de entrada en vigencia. En ausencia del mismo se entenderá fijado en sesenta días continuos. Esta disposición no limita las facultades extraordinarias que acuerde el Ejecutivo Nacional en los casos previstos por esta Constitución.

Debemos tener en cuenta igualmente que, respecto a la entrada en vigencia de la ley tributaria, tanto el encabezado como el último párrafo del artículo 8 del COT vigente,³⁰ rezan lo siguiente:

Las leyes tributarias fijarán su lapso de entrada en vigencia. Si no lo establecieran, se aplicarán una vez vencidos los sesenta (60) días continuos siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

(...omissis...)

Cuando se trate de tributos que se determinen o liquiden por períodos, las normas referentes a la existencia o a la cuantía de la obligación tributaria regirán desde el primer día del período respectivo del contribuyente que se inicie a partir de la fecha de entrada en vigencia de la ley, conforme al encabezamiento de este artículo.

²⁸ Este cuadro comparativo de las distintas Constituciones vigentes en Venezuela a partir de 1947 se realizó en base a las constituciones publicadas en: Brewer-Carías, Allan R. *Las Constituciones de Venezuela*. Segunda Edición. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1997.

²⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, reimpresa en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000. Primera enmienda publicada en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2009.

³⁰ Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario de fecha 29 de enero de 2020.

Ahora bien, para entender a cabalidad la interpretación que, tanto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como la Sala Política Administrativa de ese mismo máximo tribunal han dado a las normas jurídicas antes transcritas es útil, como antecedente, revisar el texto de la norma que reguló esta materia en la Constitución de 1961.

Artículo 226. La ley que establezca o modifique un impuesto u otra contribución deberá fijar un término previo a su aplicación. Si no lo hiciere, no podrá aplicarse sino sesenta días después de haber quedado promulgada.

Así las cosas, tenemos que, luego de haber entrado en vigencia la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha interpretado la norma constitucional contenida en el último párrafo del artículo 317, y luego tal interpretación ha sido ratificada, –y variada–, por lo menos en dos sentencias dictadas con posterioridad a la primera interpretación.

Veamos entonces, en qué términos se ha realizado tal interpretación.

*Sentencia N° 906 de fecha 01 de junio de 2001, caso Distribuidora Baibery Sun 2002, C.A. Magistrado ponente: Pedro Bracho Grand.*³¹

La controversia a resolver en el recurso de amparo constitucional interpuesto por el contribuyente contra el Gerente de la Aduana Principal de la Guaira en el caso antes identificado, quedó circunscrita a determinar si la Resolución N° 4069 de Precios Oficiales para el Vestido y Otros, de fecha 2 de septiembre de 1998, publicada en la Gaceta Oficial el 4 de septiembre de 1998, debía ser aplicada de inmediato por el Gerente de la Aduana Principal de la Guaira, o si por el contrario, dicha Resolución, había violentado lo establecido en el artículo 226 de la Constitución de 1961 derogada (al no otorgar plazo alguno para su aplicación), así como los artículos 64, 96 y 99 *eiusdem*, relativos al derecho al libre tránsito de bienes, libertad económica y derecho de propiedad, respectivamente.

Luego de transcribir parcialmente tanto el artículo 226 de la Constitución derogada como el párrafo cuarto del artículo 317 de la Constitución de 1999, la Sala se pronuncia sosteniendo que:

- i. "...tanto la Constitución vigente como la derogada, establecen que cuando la ley tributaria no establezca un término para su entrada en vigencia, éste *"se entenderá fijado en sesenta días continuos"*. Por lo que la aplicación de este precepto constitucional únicamente opera ante el silencio de la ley tributaria respecto al tiempo o momento de su entrada en vigencia".
- ii. "...la Resolución que refiere el accionante -de Precios Oficiales para el Vestido y Otros- establece en su artículo 4° que **"la presente Resolución entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela** y tendrá un plazo de vigencia de ciento ochenta días (180) continuos, salvo que el Ministerio de Hacienda decida durante dicho lapso, modificar o revocar los precios oficiales aquí establecidos" (negritas de la Sala)."
- iii. "...el lapso contenido en la disposición constitucional alegada por el apoderado judicial de la parte apelante –artículo 226 de la derogada Constitución– no resulta aplicable al caso de autos, por cuanto el mismo refiere a los casos en que *"la ley que establezca o modifique una contribución"*, no fije término alguno para su aplicación y, en el presente caso, se está en presencia de una Resolución, cuya entrada en vigencia coincide con la especificidad de la contribución, supuesto que escapa a la previsión del artículo 226 de la derogada Constitución."

³¹ Sentencia consultada en la siguiente dirección electrónica: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/906-010601-00-2129.htm>

- iv. “Sin perjuicio de lo anterior estima la Sala además que la referida Resolución sí estableció el momento de su entrada en vigencia, esto es, al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial de la República.”

En otras palabras, en esta sentencia la SC equipara sin distinción alguna las dos normas constitucionales (derogada y vigente) haciéndolas coincidir en sus efectos por cuanto –a su entender ambas normas–, exigen la existencia de un *término* para determinar la entrada en vigencia de la ley, y ante la omisión del mismo su vigencia se entenderá fijada en sesenta días continuos. Por otra parte, se dispone en la sentencia que no se aplique el artículo 226 de la Constitución al caso controvertido que busca fijar la vigencia de la Resolución porque: no se trata de una *ley* que establezca o modifique una contribución, sino de una Resolución, y ésta fija el término para su aplicación como se desprende de su artículo 4.

Por lo que es válido observar de esta sentencia que: (i) la SC no realiza análisis gramatical, lingüístico alguno del significado propio de las palabras o vocablos utilizados en las dos normas constitucionales estudiadas; (ii) de las transcripciones de los artículos constitucionales que antes hicimos y que también hace la SC/TSJ, y ahora mediante esta sentencia, para la Sala los vocablos: *término* (utilizado en la CN de 1961), *momento* (utilizado por la SC cuando resuelve la vigencia de la Resolución) y *lapso* (utilizado en la CN de 1999) son considerados como equivalentes para resolver problemas relacionados con la vigencia temporal de la ley tributaria; y (iii) no hace mención alguna al artículo 9 el entonces COT vigente para el caso decidido,³² hoy artículo 8.

Considerar como equivalentes los vocablos antes mencionados sin previamente indagar sobre su significado, implica obviar por completo el vocablo “lapso” utilizado en la CN de 1999 que según el Diccionario de la Real Academia Española, se entiende como un *tiempo entre dos límites*.³³

De igual forma, y ahora revisando la evolución en los cambios constitucionales ocurridos en la historia de Venezuela los cuales están resumidos en el Apéndice de este trabajo, es fácil notar que la CN de 1999 en esta materia varió, no solo en la utilización de vocablos o palabras distintas a las que las constituciones venían utilizando hasta ese momento, sino que también cambió la redacción de dicho artículo.

*Sentencia N° 1252 de fecha 30 de junio de 2004, caso José Andrés Romero Angrisano. Magistrado ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz*³⁴.

En este caso la pretensión planteada por el accionante fue la nulidad interpuesta en contra del artículo 199 de la Ley de Impuesto sobre la Renta (LISLR) publicada el 28 de diciembre de 2001, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.566 Extraordinario, siendo el alegato principal que ese artículo violó el artículo 317 constitucional en su párrafo cuarto, por cuanto no estableció lapso alguno entre su publicación y su entrada en vigencia, y en consecuencia, no se le otorgó a los contribuyentes un período razonable para el conocimiento y adecuación a las exigencias de la nueva Ley tributaria, violándose además, el artículo 316 de la Constitución.

³² Código Orgánico Tributario publicado en la Gaceta Oficial N° 4.727 Extraordinario de fecha 27 de mayo de 1994.

³³ Véase en: <https://dle.rae.es/lapso?m=form>

³⁴ Sentencia disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1252-300604-02-0405.htm>

Seguidamente la Sala transcribe íntegramente el artículo 317 constitucional (que nosotros antes hemos transcrito), y luego el artículo 199 de la LISLR objeto del recurso de nulidad, el cual establecía:

Artículo 199: Esta Ley comenzará a regir a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y se aplicará a los ejercicios que se inicien durante su vigencia.

De esta manera la SC inicia su interpretación aseverando:

- i. “Dicha norma constitucional [el artículo 317] reedita, con modificaciones menores de estilo, la que establecía el artículo 226 de la Constitución de 1961, en los términos siguientes: ...”
- ii. Ratifica el criterio sostenido en la sentencia caso Distribuidora Baibery Sun 2002, C.A.: “tanto la Constitución vigente como la derogada, establecen que cuando la ley tributaria no establezca un término para su entrada en vigencia, éste ‘se entenderá fijado en sesenta días continuos’. Por lo que la aplicación de este precepto constitucional únicamente opera ante el silencio de la ley tributaria respecto al tiempo o momento de su entrada en vigencia”.
- iii. “...no es cierto, [...], que las leyes tributarias han de tener siempre, al menos, una *vacatio legis* de sesenta días, pues ese lapso opera sólo de manera supletoria ante el silencio de la ley en relación con su entrada en vigencia.”
- iv. “El punto objeto de análisis sería, entonces, si las normas tributarias deben o no contar con algún lapso o período de entrada en vigencia o de aplicación o si, por el contrario, podrían disponer expresamente que la misma será a partir del momento de su publicación.”

Luego, con fundamento en el artículo 316 constitucional la Sala reconoce que el sistema tributario tiene como finalidad procurar la justa distribución de las cargas públicas respetando la capacidad económica de los sujetos pasivos, y de esta manera a la vez de limitar legítimamente esa capacidad económica limita también el desenvolvimiento de las actividades económicas de los particulares.

Señala que dentro de los principios que rigen la actividad administrativa general aplicables también a la actividad administrativa tributaria, están los de *certeza y seguridad jurídica* (artículo 299 constitucional).

El principio de *confianza legítima* como concreción del principio de *buena fe* (artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública) son señalados por la Sala como derivados del principio de *seguridad jurídica*, cuya finalidad es otorgarle garantía de certidumbre a los administrados.

Mediante la consideración concatenada de todos esos principios, la SC afirma:

- i. “...que 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.”
- ii. “...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.”

- iii. “...tanto la Constitución derogada como la vigente predi[ca]n la necesidad de *transitoriedad* de la ley tributaria, y garanti[za]n también que, en caso de que el legislador omite el establecimiento de esa transición, aquélla sólo regirá sesenta días continuos luego de su publicación.”

A estas alturas la sentencia transcribe el encabezado del artículo 8 del COT de 2001, que establece:

“Las leyes tributarias fijarán su lapso de entrada en vigencia. Si no lo establecieran, se aplicarán una vez vencidos los sesenta (60) días continuos a su publicación en la Gaceta Oficial.”

Agrega la SC, que no debe confundirse la necesaria *transitoriedad* de la aplicación de las leyes tributarias con una supuesta exigencia de una *vacatio legis*.

- i. “...la *vacatio legis* lo que haría es prolongar en el tiempo, por un plazo definido, la entrada en vigencia de la norma, ...”
- ii. “...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.”

Pasa la Sala a explicar (omitiendo por completo la mención del cuarto párrafo del artículo 8 del COT de 2001 cuya literalidad es idéntica al vigente y que antes transcribimos), esta diferenciación que ha realizado entre *vacatio legis* y *transitoriedad* mediante un ejemplo hipotético de modificación del impuesto sobre la renta en el mes de junio una vez que el ejercicio había iniciado en enero y con el establecimiento de una *vacatio legis* de 60 días que transcurridos los mismos comienza a regir la ley, para concluir que:

- i. “Esa finalidad de certeza y confianza que se busca con la aplicación de la ley a períodos fiscales que hayan de iniciarse durante su vigencia, no se logra únicamente a través de la *vacatio legis* a que hace referencia el demandante.”
- ii. “...el artículo 199 de la Ley de Impuesto sobre la Renta precisamente diferenció entre el momento de su entrada en vigencia respecto del ámbito temporal de su aplicación.”
- iii. “De allí que aun cuando entró en vigencia de inmediato, sin contar un lapso de vacancia, su aplicación regirá, según expresamente dispuso, a los ejercicios fiscales que se inician *durante su vigencia* y no a aquellos que ya se encuentren en curso para ese momento, supuesto aquél que es, precisamente, el que garantiza la observancia de los principios de certeza y seguridad jurídica, pues permite a los contribuyentes la planificación de su desenvolvimiento fiscal y, además, se ajusta a la finalidad del artículo 317 en relación con la aplicación de las normas tributarias que modifiquen o impongan nuevas cargas.”

La Sala termina considerando que la norma que se impugnó no violó los artículos 316 y 317 de la Constitución de 1999, por lo que desestima la pretensión de nulidad del artículo 199 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, y así lo decide.

En base a todo lo anterior es evidente observar que la SC: (i) continúa sin analizar el sentido y significado gramatical de las palabras utilizadas en el párrafo cuarto del artículo 317 constitucional; (ii) considera dicho artículo como una *reedición* del artículo 226 de la CN de 1961 con solo modificaciones menores de estilo; (iii) aduciendo una supuesta *confusión* del recurrente solo analiza la *transitoriedad* de la norma tributaria sin mencionar que esa transitoriedad no es otra cosa que lo dispuesto en el último párrafo del artículo 8 del COT.

De una simple lectura de los artículos involucrados, tal y como ya lo hemos señalado, se deduce –por las diferencias que saltan a la vista–, que es imposible hablar de reedición. El artículo 226 de la Constitución de 1961 además de utilizar el vocablo *término*, presenta una redacción distinta a la utilizada en el Texto Fundamental vigente que dista mucho de poder ser considerada como solo modificaciones menores de estilo.

Dichas diferencias pueden identificarse como: (i) la fijación del término previo a su aplicación la CN de 1961 solo la exige a las leyes que establecen o modifican un impuesto u otra contribución; (ii) la exigencia de la fijación de un lapso en la CN de 1999 se establece para toda ley tributaria; (iii) la CN de 1961 no menciona que la fijación del término establecerá la entrada en vigencia sino su aplicabilidad; (iv) la CN de 1999 expresa que la fijación del lapso se entenderá como su entrada en vigencia; (v) según la CN de 1961 no se podrá aplicar la ley si la misma no fija el término previo sino sesenta días luego de su promulgación; (vi) la CN de 1999 exige que toda ley tributaria debe fijar su lapso de entrada en vigencia, y que en ausencia del mismo éste se entenderá fijado en sesenta días continuos.

También es claro notar que la SC al presumir una confusión del recurrente entre las nociones de *vacatio legis* y lo que ella denomina como *transitoriedad* y luego tratar *exclusivamente* el segundo de los temas indicados, lo hace considerando sin distinción alguna las nociones sobre la *vigencia* y la *aplicabilidad* normativa, trayendo como consecuencia inevitable el dejar sin análisis debido lo solicitado por el recurrente, es decir, la exigencia de la entrada en *vigencia* de la norma tributaria conforme a lo establecido por la CN en su artículo 317 párrafo cuarto y el respeto del lapso allí mencionado expresamente.

Si bien es cierto que la *vacatio legis* de 60 días opera sólo de manera supletoria, el legislador siempre, por así disponerlo expresamente la CN de 1999, debe fijar el lapso o tiempo entre dos límites de entrada en vigencia de la ley tributaria. De no fijarlo se entiende, que la *vacatio legis* debe imponerse y operar.

*Sentencia N° 1311 de fecha 27 de octubre de 2015, caso Cemex Venezuela SACA. Magistrado ponente: Luisa Estela Morales Lamuño.*³⁵

En el presente caso se plantearon dos controversias a resolver. Aquí tan solo nos referiremos a una de ellas vinculada con este ensayo: la inconstitucionalidad de los artículos 101 y 102 de la Ordenanza del Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar, publicada en la Gaceta Municipal del Municipio Guanta del Estado Anzoátegui N° 436 Extraordinario del 6 de abril de 2009, con fundamento en la irretroactividad de la norma y su aplicación al período fiscal contenido en los artículos 101 y 102 *eiusdem*.

Establecían esos artículos lo siguiente:

Artículo 101. Esta Ordenanza entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación y se aplicará a los ejercicios que se iniciaron a partir del primero (1) de enero de dos mil nueve (2009), de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y el artículo 8 del Código Orgánico Tributario.

Artículo 102. Se deroga la Ordenanza de Impuestos Sobre Actividades Económicas de fecha 30 de Diciembre del 2006, publicada en la gaceta (sic) Municipal Número Extraordinario 282 así como también se deroga cualquier otro instrumento y acto normativo de efectos particulares y de efectos generales que colisiona con esta Ordenanza.

Parágrafo Primero. Se modifica el Clasificador de Actividades vigente, el cual forma parte integrante de esta Ordenanza y entrara en vigencia con la misma.

Parágrafo Segundo. Las obligaciones que tengan los contribuyentes para la fecha de entrada en vigencia de esta ordenanza, por concepto del impuesto correspondiente al año 2008 o cualquier año anterior, se mantienen en pleno vigor y deberán ser liquidadas y pagadas con-

³⁵ Sentencia disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/182254-1311-271015-2015-09-1231.html>

forme al régimen que establece la Ordenanza de Impuesto sobre Actividades Económicas de fecha 30 de Diciembre del 2006, número extraordinario 282. Las obligaciones que se causen a partir del 1° de enero de 2009, se liquidarán de acuerdo con lo establecido en esta ordenanza.

La Sala, luego de transcribir dichos artículos de la Ordenanza, y antes de citar el artículo 317 constitucional, afirma que adicionalmente al principio de legalidad establecido en ese artículo, el mismo también consagra, “la obligación de establecer la fecha cierta de entrada en vigencia de las normas tributarias, supliendo su vacío con una *vacatio legis*, como una garantía del ciudadano...”

En otras palabras, la SC antes de transcribir el artículo 317 constitucional y observar que de su texto se desprende la utilización de la palabra *lapso* de entrada en vigencia, asevera que este artículo consagra la obligación de establecer la *fecha cierta* de entrada en vigencia.

También cita extractos de la sentencia de la misma Sala N° 1252 caso José Andrés Romero Angrisano, para luego realizar las consideraciones siguientes:

- i. “...se aprecia que conforme al criterio jurisprudencial referido que la norma constitucional no establece la exigencia de una *vacatio legis* sino una certeza en cuanto a la determinación de la fecha de entrada de vigencia de la misma, y ante la infructuosidad en su determinación es que opera la supletoriedad del lapso de sesenta días.”
- ii. “...la certeza y previsibilidad del tributo tienen como finalidad garantizar la seguridad jurídica del contribuyente y ésta no se salvaguarda con la existencia o no de una *vacatio legis* sino con que la nueva regulación tributaria no se aplique a ciertos supuestos de hecho acaecidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la norma.”
- iii. “En consecuencia, se aprecia que al igual que fue decidido en el caso de la impugnación del artículo 199 de la Ley de Impuesto sobre la Renta decidido por esta Sala en el fallo previamente citado –1252/2004– la norma impugnada no vulneró derecho constitucional alguno, en cuanto a la presunta supresión o violación de la *vacatio legis* de las normas tributarias; por cuanto al estar determinado expresamente la fecha de entrada en vigencia de la norma impugnada sobre un tributo preexistente no existe un menoscabo en el principio a la seguridad jurídica de la contribuyente, más aun cuando el referido tributo opera sobre un período fiscal determinado, pero no a aquellos que ya se encuentren en curso para ese momento, supuesto aquél que es, precisamente, el que garantiza la observancia de los principios de certeza y seguridad jurídica, pues permite a los contribuyentes la planificación de su desenvolvimiento fiscal y, además, se ajusta a la finalidad del artículo 317 en relación con la aplicación de las normas tributarias que modifiquen o impongan nuevas cargas, como correctamente se encuentra establecido en el artículo 102 de la referida Ordenanza. Así se decide.”

Destacamos de esta tercera sentencia dictada por la SC de las escogidas por nosotros para este trabajo, que la misma además de continuar sin realizar análisis alguno sobre el texto y el significado de los vocablos contenidos en el párrafo cuarto del artículo 317 constitucional, (i) omite igualmente hacer mención expresa al último o cuarto párrafo del artículo 8 del COT aplicable *rationae temporis*; (ii) avanza sobre la interpretación realizada por la misma Sala en el año 2001 que había interpretado la exigencia contenida en el artículo constitucional en estudio como un *término* o *momento* cuando ahora la entiende como una *fecha cierta*; (iii) obvia la aplicación retroactiva de la Ordenanza publicada en el mes de abril de 2009 y el señalamiento del artículo 102 que exige se aplique desde el 1° de enero del mismo año, es decir, aplicable no solo a aquellos períodos donde la Ordenanza no estaba vigente, sino a aquellos que se encontraban en curso para el momento de su entrada en vigencia; y (iv) adicionalmente, entiende la SC la finalidad del artículo 317 constitucional más identificada y coherente con la redacción del antiguo artículo 226 de la Constitución de 1961 que expresa-

mente refería nociones de *aplicabilidad* de normas que *establecieran o modificaran* impuestos u otras contribuciones versus la actual redacción del 317 constitucional que alude de forma general a la entrada en *vigencia* de toda ley tributaria.

Pues bien, en esta oportunidad la SC introduce cambios en la interpretación del párrafo cuarto del artículo 317 constitucional que antes (2001 y 2004) había realizado, cambios estos que no deben pasar desapercibidos: (i) el vocablo *lapso* expresamente utilizado en el artículo 317 de la Constitución de 1999, es interpretado como *fecha cierta*; y (ii) que la *finalidad* del artículo 317 constitucional se identifica con la redacción del antiguo artículo 226 de la Constitución de 1961 que expresamente refería nociones de *aplicabilidad* de normas que *establecieran o modificaran* impuestos u otras contribuciones con la actual redacción del ya mencionado artículo 317 constitucional que se refiere de forma general a la entrada en *vigencia* de toda ley tributaria.

Por último, resulta curioso anotar que, en esa misma sentencia del año 2015, la SC realizó una interpretación literal del significado con ocasión de determinar el alcance del artículo 180 constitucional y el término “crear” en él contenido, según el Diccionario de la Real Academia Española. Afirmó en esa oportunidad que “el significado lingüístico de las palabras tiene un peso interpretativo relevante” en la interpretación constitucional.

II. DE LA RECEPCIÓN DEL CRITERIO VINCULANTE REALIZADA POR LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA

Por lo menos desde el año 2005 hasta el año 2019 la SPA ha acogido y aplicado el criterio jurisprudencial expuesto por la SC del TSJ en el caso Distribuidora Baibery Sun 2002, C.A.

En tal sentido ha venido desechando violaciones denunciadas al cuarto párrafo del artículo 317 constitucional, conjuntamente con el enunciado y cuarto o último párrafo del artículo 8 del COT en distintas materias, tales como, Ordenanza de Patente sobre el Ejercicio de Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios, o de Índole Similar del Municipio Anaco (caso Distribuidora Polar de Oriente); Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física (caso Laboratorios Elmor, S.A.); Providencia administrativa que ajustó la Unidad Tributaria (caso Venta de materiales y construcciones Roymonca, C.A.), Ley de Timbre Fiscal del Estado Vargas y la Resolución de SATVAR, mediante la cual se designan a las líneas aéreas y empresas navieras como agentes de percepción del impuesto de salida al exterior a favor del Estado Vargas (caso Aeropostal Alas de Venezuela, C.A.), aplicando el criterio jurisprudencial de la SC, pero realizando *ciertas precisiones* concretas en cada uno de esos casos así planteados.

Por considerar esas precisiones de gran importancia, haremos mención brevemente a tres de estos casos: (i) el primero referido a la interpretación realizada por la SPA ante la exigencia de cumplimiento de lo establecido en el artículo 317 constitucional en el caso de un acto administrativo; (ii) el segundo a la aplicación de esta misma interpretación, ya no por estar ante un acto administrativo sino una Ley que crea una contribución parafiscal y adicionalmente por la interpretación dada por la Sala a lo que se constituye como *ejercicio fiscal*; y (iii) el tercero que sujeta la exigencia de la vacancia y transitoriedad a ciertas condiciones.

*Sentencia N° 72 de fecha 21 de febrero de 2019, caso Venta de Materiales y Construcciones ROYMONCA, C.A. Magistrado ponente: Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta.*³⁶

La controversia planteada en este caso, ventilado y decidido a favor del apelante (la República) quedó circunscrita a verificar si la decisión proferida por el Tribunal de mérito incurrió en el vicio de falso supuesto de derecho por errónea interpretación de la Ley, al considerar que el ajuste efectuado a la sanción de multa impuesta a la recurrente no estuvo ajustado a derecho, por estimar que el valor de la unidad tributaria aplicable era el de “Bs. 177,00” y no el de “Bs. 300,00”, ya que a criterio de la representación de la República la Providencia Administrativa que estableció el ajuste del valor de dicha unidad de medida, entró en vigencia en el momento de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Específicamente en el recurso Contencioso Tributario decidido a favor del contribuyente, se solicitaba la nulidad de la planilla notificada el 21 de junio de 2017 y que contenía el ajuste de sanción realizado por la Administración Tributaria aplicando la nueva Unidad Tributaria, vigencia ésta que desconoce la contribuyente al afirmar que no está apegada a derecho.

Adujo la contribuyente que el pago de la deuda (en base a 177 Bs por UT) se efectuó el día 24 de febrero de 2017, fecha ésta que coincidía con la fecha en que entró en vigencia la Providencia Administrativa que reajustaba la unidad tributaria (a Bs 300 por UT) según el artículo 3 de ésta el cual establecía que entraría en vigencia a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial, cuestión ésta que se produjo el 24 de febrero de 2017.

Adicionalmente la contribuyente también adujo que:

- La Providencia había entrado en vigencia el 01 de marzo de 2017, porque así lo había dado a conocer el presidente de la República a través de las *redes sociales*.

El juez de instancia de la Región Los Andes, según la transcripción que realiza la SPA en su sentencia, realizó la siguiente fundamentación de su decisión así:

Ahora bien, en este caso hay que hacer mención al día ad quem día en el cual debe ser aplicada una norma que entra en vigencia. En un hecho conocido que las normas deben aplicarse el día hábil siguiente de su entrada en vigencia, en atención al día (sic) Ad quem, pues, en el caso que nos ocupa no se sabe a ciencia cierta que ocurrió primero, el pago de la deuda o la entrada en vigencia de la providencia administrativa, es por ello, el razonamiento de aplicación del día ad quem, en este caso el 24 de febrero de 2017 fue día viernes, el día lunes 27 y martes 28 se celebró carnavales, lo que indica que el día hábil siguiente al día de la publicación de la providencia administrativa (sic) en gaceta oficial (sic) fue al 01 de marzo de 2017, y es precisamente a partir del 01 de marzo que empieza a regir la unidad tributaria de Bs 300,00.

En razón a ello, es que para la fecha de pago de la deuda tributaria (24/02/2017) aun se mantenía vigente la unidad tributaria de Bs. 177,00 tal como lo hizo saber el (sic) recurrente, por lo tanto no resulta aplicable el reajuste de la unidad tributaria de Bs 300,00 aplicado por la administración tributaria (sic), y en virtud a ello resulta forzoso para esta juzgadora anular la planilla de liquidación Nro. planilla de liquidación (sic) de ajuste de sanción (sic) Nro. 051001233000201 de fecha 20 de mayo de 2017 y planilla de pago forma 09 Nro. 01203372, el (sic) cual (sic) reflejan monto diferencial por ajuste de sanción, y así se decide.

Juzgó necesario la SPA transcribir lo establecido en el encabezado del artículo 8 del COT del 2014, (transcrito por nosotros en líneas anteriores), y también el artículo 9 *eiusdem*:

³⁶ Sentencia consultada en la siguiente dirección electrónica: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/303890-00072-21219-2019-2018-0607.html>

Artículo 9.- Las reglamentaciones y demás disposiciones administrativas de carácter general, se aplicarán desde la fecha de su publicación oficial o desde la fecha posterior que ellas mismas indiquen.

De tales transcripciones determinó que como principio general las leyes tributarias tendrán vigencia a partir del vencimiento del término contemplado en ellas y, en caso de no haberse fijado éste, luego de transcurridos los sesenta (60) días continuos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. En cambio, para el caso de actos de rango sub legal contentivos de disposiciones normativas dirigidas a un número indeterminado de personas, entrarán en vigencia desde su publicación en el instrumento de publicidad o en la oportunidad expresamente señalada en estos.

Después de traer a colación lo señalado por el artículo 317 constitucional, la SPA hace suyos los criterios jurisprudenciales contenidos en los casos sentenciados por la SC Distribuidora Baibery Sun 2002, C.A. y Sociedad Mercantil Cemex Venezuela, SACA, y sostiene lo siguiente:

Así las cosas, del estudio de la disposición normativa en comentario, se desprende que su vigencia será “a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”, de lo cual se infiere que aún y cuando su entrada en vigor se hace depender de un momento posterior, ello no debe entenderse como la inexistencia de una fecha cierta a los fines de comenzar a surtir plenos efectos legales, por cuanto ésta se encuentra determinada por su publicación, de allí que no se requiera la exigencia de la *vacatio legis* a la que aluden los artículos 317 del Texto Fundamental y 8 del Código Orgánico Tributario de 2014, al no tratarse –se insiste– de un instrumento legal sino de una norma de rango sub legal, cuya regulación particular en cuanto a su entrada en vigencia se desprende del artículo 9 del señalado Código de la especialidad.

Por consiguiente, la exigencia de certeza en torno a la oportunidad de entrada en vigencia de las previsiones contenidas en la descrita Providencia Administrativa, se entiende cumplida en el presente caso al haberse establecido expresamente su entrada en vigor a partir del día de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, sin que tal precepto implique de ninguna manera imprecisión, vaguedad o inexistencia de fecha cierta, al contrario, la misma debe entenderse como la materialización del requisito de certeza propio del principio de legalidad de orden constitucional.

Tal y como se puede apreciar del final del primer párrafo antes transcrito, pareciera que la SPA deja abierta la posibilidad de que: si se hubiera tratado de un *instrumento legal* habría sido requerida la existencia de la *vacatio legis* a la que aluden los artículos 317 del Texto Fundamental y 8 del COT de 2014.

Nótese incluso la expresión utilizada para resaltar la diferencia del por qué en este caso, (tratándose de una norma de rango sublegal) la Sala no requiere la existencia de la *vacatio legis*: “se insiste”. Ante ese tipo de lenguaje utilizado podríamos preguntarnos válidamente: si se trata de una insistencia, ¿se puede entender como una *justificación que admite otra solución* al tratarse de leyes? o lo que es igual, como se trató de una norma de rango sub legal no fue requerida la *vacatio legis*, ¿pero de tratarse de una ley indefectiblemente se hubiera activado de forma indubitable la exigencia de tal figura según los artículos citados?

Esta posibilidad interpretativa continúa siendo resaltada por la SPA cuando esta vez entre paréntesis afirma:

Desde esa perspectiva, esta Alzada constata que el prenombrado acto administrativo fue publicado en el referido instrumento de difusión el **24 de febrero de 2017**, por cuya virtud se entiende que entró vigencia ese mismo día (ya que tal y como se estableció *supra* no es requerida la *vacatio legis*), fecha esta que coincide con la oportunidad en la cual la contribuyente procedió a realizar el pago (folio 29 de las actas procesales) de la Planilla de Liquidación.

ción N° 051001233000403, por la cantidad total de “Bs. 3.169.667,28”, correspondiente a los conceptos de “Multas” e “Intereses”, por las cantidades de “Bs. 2.843.119,86” y “Bs. 326.547,40”, respectivamente.

Termina la Sala de esta manera:

Por lo tanto, según se deriva de la Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo Nro. SNAT/INTI/GRTI/RLA/DSA/2016/00649/463/089 del 1° noviembre de 2016 (notificada el 11 de ese mismo mes y año), la Administración Tributaria al calcular el monto de la sanción de multa impuesta, lo hizo tomando en consideración el valor de la unidad tributaria vigente en la oportunidad de la comisión del ilícito (“Bs. 177”); no obstante, siendo que para la fecha del pago efectivo de la sanción (**24 de febrero de 2017**) había entrado en vigencia la Providencia Administrativa que fijó el valor de la unidad tributaria en “Bs. 300,00”, lo procedente era efectuar el ajuste correspondiente de la cuantía de la pena pecuniaria con el valor de la unidad tributaria vigente al momento de dicho pago, de acuerdo a lo contemplado en el artículo 92 del mencionado Texto Orgánico Tributario de 2014, tal como lo realizó el órgano exactor mediante la Planilla de Liquidación objeto de impugnación en el presente proceso judicial. (*Vid.*, fallo de esta Sala Nro. 00815 de fecha 4 de junio de 2014, caso: *Tamayo & CIA, S.A.*).

En consecuencia, este Alto Juzgado estima procedente el vicio de falso supuesto de derecho delatado por la representación judicial del Fisco Nacional, por ende, **se revoca** el fallo de instancia. **Así se declara.**

Pudo la SPA y no lo hizo, pronunciarse sobre la valoración de los contenidos en *redes sociales*, tema éste de gran relevancia hoy día, no solo para los contribuyentes sino para la misma Administración Tributaria.

De igual manera pudo pronunciarse la SPA y no lo hizo, sobre el análisis que realizó el Tribunal Superior Contencioso Tributario para sustentar que el acto administrativo había entrado en vigencia el 1 de marzo y no antes. De mucho interés hubiera sido conocer el criterio de la Sala en relación a la aplicación de las normas que sobre la forma de computar los plazos legales y reglamentarios establece el COT en su artículo 10.

*Sentencia N° 467 de fecha 17 de julio de 2019, caso Laboratorios Elmor, S.A. Magistrado ponente: Marco Antonio Medina Salas.*³⁷

La controversia planteada en este caso se circunscribe a decidir si la sentencia recurrida por el contribuyente incurrió (i) en la violación del principio de no retroactividad establecido en el artículo 24 de la Constitución, al exigir el pago del aporte contemplado en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física de 2011, en los términos regulados en su Disposición Transitoria Octava; y (ii) en el vicio de falso supuesto de derecho por errónea interpretación del contenido del artículo 8 del Código Orgánico Tributario del año 2001, aplicable en razón del tiempo, relativo a la vigencia de las leyes tributarias.

En tal sentido, aduce la aportante que el ejercicio fiscal de Laboratorios Elmor, S.A., está comprendido entre 1° de enero hasta el 31 de diciembre de cada año, por lo que cuando la mencionada Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física fue publicada en agosto de 2011, su ejercicio fiscal ya había comenzado y de acuerdo con el artículo 8 del Código Orgánico Tributario del año 2001 tal ley solo podía ser aplicada a partir del 1° de enero de 2012. Pretender el pago de la referida contribución por período comprendido entre agosto y diciembre de 2011, representa una clara violación del Principio de no retroactividad establecido en el artículo 24 de la Constitución.

³⁷ Sentencia consultada en la siguiente dirección electrónica: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/306299-00467-17719-2019-2016-0429.html>

Transcribe la Sala el artículo 24 del Texto Fundamental y cita la jurisprudencia sobre la irretroactividad de las leyes que hasta ahora ha sostenido y que establece:

...ha sido criterio reiterado de esta Sala destacar que el principio de irretroactividad de la ley está referido a la prohibición de aplicar una normativa nueva a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su vigencia, de forma que la disposición novedosa resulta ineficaz para regular situaciones fácticas consolidadas en el pasado, permitiéndose la retroactividad de la norma sólo como defensa o garantía de la libertad del ciudadano.

(...*omissis*...)

En conexión con lo anterior, la doctrina ha señalado que la consagración del principio de irretroactividad de la ley en el régimen jurídico venezolano 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 del ordenamiento jurídico.

A continuación, la Sala estima considerar lo establecido en el artículo 317 constitucional y 8 del COT de 2001, y luego de su transcripción, hace suyo el criterio jurisprudencial sostenido por la SC en el caso Distribuidora Baibery Sun 2002, C.A., el cual también transcribe parcialmente.

Adicionalmente afirma la Sala que, en fecha 23 de agosto de 2011 fue publicada en la Gaceta Oficial número 39.741 la Ley Orgánica del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física, la cual establece en su artículo 68 y en la Disposición Transitoria Octava, lo siguiente:

Artículo 68.- Se crea el Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física, el cual estará constituido por los aportes realizados por empresas u otras organizaciones públicas y privadas que realicen actividades económicas en el país con fines de lucro; por las donaciones y cualquier otro aporte extraordinario que haga la República, los estados, los municipios o cualquier entidad pública o privada y por los rendimientos que dichos fondos generen.

...*omissis*...

El aporte a cargo de las empresas u otras organizaciones indicadas en este artículo será el uno por ciento (1%) sobre la utilidad neta o ganancia contable anual, cuando ésta supere las veinte mil Unidades Tributarias (20.000 U.T); y se realizará de acuerdo con los parámetros que defina el Reglamento de la Presente Ley o en normas emanadas del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de deporte, actividad física y educación física. Este aporte no constituirá un desgravamen al Impuesto Sobre la Renta.

...*omissis*...

Disposición Transitoria Octava.- El artículo 68 de esta Ley adquiere vigencia desde el momento de la publicación del presente cuerpo legal en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Durante su primer año de vigencia, los sujetos contribuyentes realizarán el aporte correspondiente en proporción a los meses de vigencia de la ley, considerando en cada caso el inicio y fin de sus respectivos ejercicios fiscales.

En base a todo lo anterior, la Sala concluye sobre la entrada en vigencia de la referida ley lo siguiente:

- La disposición Transitoria Octava, determina que la vigencia del mencionado aporte será “desde el momento de la publicación del presente cuerpo legal en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”, de lo cual se infiere que su entrada en vigor debe entenderse como la existencia de una *fecha cierta* a los fines de comenzar a surtir plenos efectos legales, por cuanto ésta se encuentra determinada por su publicación, de allí que no se requiera la exigencia de la *vacatio legis* a la que aluden los artículos 317 del Texto Fundamental y 8 del Código Orgánico Tributario de 2001.

- La oportunidad de entrada en vigencia de la ley en cuestión se entiende cumplida, al haberse establecido expresamente su entrada en vigor a partir del día de su publicación en la Gaceta Oficial, sin que tal precepto implique de ninguna manera *imprecisión, vaguedad o inexistencia de fecha cierta*, al contrario, la misma debe entenderse como la materialización del requisito de certeza propio del principio de legalidad de orden constitucional. (*Vid.* Sentencia de la Sala Política Administrativa número 00072 de fecha 21 de febrero de 2019, caso: *Venta de Materiales y Construcciones Roymonca, C.A.*).

Así las cosas, es claro y evidente que la Sala aplicó al presente caso donde se discutía la vigencia de una *ley*, el criterio jurisprudencial sostenido para la determinación de la vigencia de una norma de rango *sub legal*.

La Sala descarta las violaciones denunciadas, pero antes hace un pronunciamiento en relación con los *ejercicios fiscales* de los obligados en materia tributaria que nos parece necesario transcribir aquí:

... resulta menester para esta Sala destacar, que no debe ser confundido el ejercicio económico de la empresa aportante, dentro del cual la misma realiza su giro comercial y actividades lucrativas, con el ejercicio gravable a nivel impositivo, el cual variará según el tipo de tributo o contribución de que se trate; siendo en este caso particular, un ejercicio gravable irregular, pues el mismo se encuentra comprendido entre el 23 de agosto y el 31 de diciembre de 2011, tal y como lo prevé el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación del año 2011, al establecer esta contribución con un ejercicio gravable proporcional a los meses de su entrada en vigencia.

De la transcripción del artículo 68 que antes hicimos y ahora se menciona en la sentencia, no se lee alusión alguna a la creación de tal “*ejercicio gravable irregular*”, por lo que es obvio que no solo en este caso no se aplicó correctamente el criterio de la SC sobre la *transitoriedad*, cuya finalidad era impedir que la nueva legislación impositiva se aplicara a los ejercicios en curso (2011), sino a partir del ejercicio que se iniciara bajo su vigencia (a partir del mes de enero de 2012) todo ello sin haber considerado incluso la fundamentación de la misma transitoriedad sobre la predictibilidad, la debida planificación económica, etc; pero adicionalmente, la SPA incurrió en *violación del principio de legalidad* al establecer una figura inexistente en la normativa aquí mencionada: el ejercicio gravable irregular.

Podemos sostener que, en este lamentable caso, la SPA no solo aplicó incorrectamente el criterio jurisprudencial de la SC, sino que ella misma violó un principio constitucional como el de legalidad previsto en el artículo 317 constitucional, al crear una figura no establecida expresamente en la ley sometida a estudio.

Sentencia N° 2355 de fecha 28 de abril de 2005, caso Aeropostal Alas de Venezuela, C.A. Magistrado ponente: Hadel Mostafá Paolini.

En este caso el argumento expuesto por la empresa recurrente relativo a que la Resolución N° GEV-SATVAR-001-02, de fecha 19 de julio de 2002, emanada de la Superintendencia de Administración Tributaria del Estado Vargas (SATVAR), mediante la cual se designan a las líneas aéreas y empresas navieras como agentes de percepción del impuesto de salida al exterior a favor del Estado Vargas, fue que ésta no podía entrar en vigencia a partir de su publicación en Gaceta Oficial, como establece su artículo 12, en virtud de que la Ley de Timbre Fiscal del Estado Vargas, infringió el principio de la *vacatio legis* en materia tributaria.

Así las cosas, la SPA concluyó, luego de hacer varias consideraciones entre ellas ratificar el criterio de la SC, lo siguiente:

En resumen y ante estas circunstancias, observa la Sala que la referida Ley no infringe en modo alguno la disposición constitucional alegada por el apoderado judicial de la parte recurrente –artículo 317 de la Constitución–, por cuanto: a) la misma refiere a los casos en que la

ley tributaria no establezca un término para su entrada en vigencia, supuesto en el cual “*se entenderá fijado en sesenta días continuos*” y, en el presente caso, se está en presencia de una Ley cuya entrada en vigencia fue expresamente fijada mediante el último artículo de sus Disposiciones Transitorias, contenidas en el Título V, tal como se advirtió precedentemente, en la fecha de su publicación en Gaceta Oficial; b) No resultaba necesaria la incorporación de una transitoriedad dentro del nuevo texto normativo, pues ya el impuesto de salida existía con anterioridad a esta ley, sin que fueran modificados sustancialmente sus elementos integrantes, y por cuanto ya las líneas aéreas y empresa navieras venían fungiendo como agentes de percepción del tributo en referencia, cuestión que no ameritaba un período para su adecuación y planificación fiscal.

Resulta importante resaltar el punto identificado con la letra b) de esta resolución de la SPA ya que incorpora al criterio sobre la *transitoriedad* fijado por la SC, los siguientes extremos o requisitos, que huelga advertir no se encuentran establecidos ni en el artículo 317 constitucional ni el artículo 8 del COT para que se entienda incorporada una transitoriedad a la norma tributaria.

En tal sentido se incorporará una transitoriedad a la nueva norma tributaria sí y solo si el tributo resultare modificado *sustancialmente* en sus elementos integrantes que amerite un período para su adecuación y planificación fiscal.

En efecto la SPA alteró el criterio sostenido por la SC al respecto de la interpretación del artículo 317 en su cuarto párrafo, y lo que es peor, añade un adjetivo totalmente indeterminado: *sustancialmente* que adicionalmente tampoco se encuentra en la letra del último párrafo del artículo 8 del COT.

La pregunta que surge de este planteamiento es ¿qué se entiende por *modificación sustancial*?, ¿quién determinará cuáles son las *modificaciones sustanciales* que son las únicas, ahora, que justifican la incorporación de un período para la adecuación y planificación de la entrada en vigencia de la nueva ley tributaria? Pudimos ver en el caso anterior decidido por la misma Sala que, no solo era una modificación sustancial, sino que se trataba de un tributo absolutamente nuevo y novedoso que en efecto necesitaba de adecuación y planificación por parte del contribuyente, y la SPA obvió este alcance.

CONCLUSIONES

En primer lugar conviene recordar que, las interpretaciones realizadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo venezolano del cuarto párrafo del artículo 317 del Texto Fundamental vigente, según el artículo 335³⁸ constitucional, son *vinculantes*³⁹ u *obligatorios* para las otras Salas del Tribunal Supremo y demás tribunales de la República.

Para la Sala Constitucional la *vacatio legis* señalada en el artículo 317 constitucional, logra prolongar en el tiempo, por un plazo definido, la entrada en vigencia de la norma, y solo opera cuando la ley no fija su entrada en vigor.

³⁸ “Artículo 335. El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. 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.”

³⁹ Duque Corredor, Román José. “La interpretación Vinculante de la Jurisdicción Constitucional y los Poderes Correctivos de los Jueces”, en *Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia. XXVII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”*, Colegio de Abogados e Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2002, p. 2.

La *transitoriedad*, por el contrario, preceptúa 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. Esta interpretación ha encontrado positivización en Venezuela desde nuestro primer COT⁴⁰ hasta el COT vigente: último o cuarto párrafo del artículo 8.⁴¹

1. Las tres sentencias analizadas en este trabajo y dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en referencia al mencionado artículo 317 constitucional, obvian mencionar expresamente al último o cuarto párrafo del artículo 8 del COT, cuya redacción ha permanecido inalterable desde el primer COT hasta el vigente, siendo que el análisis de dicha norma era no solo posible⁴² sino deseable, ya que habría contribuido a confirmar parcialmente la interpretación constitucional realizada por la SC.
2. Desde el año 2001 hasta el año 2015 la Sala Constitucional, no realiza un análisis detallado que incluya una interpretación literal del último párrafo del artículo 317 de la Constitución,⁴³ en el cual se utilizó el vocablo “lapso”, y su comparación con el artículo 226 de la Constitución de 1961, norma esta derogada por la primera y en la cual se utiliza la palabra “término”.
3. La interpretación literal o gramatical contemplada en el artículo 4 de nuestro Código Civil, no es extraña a la SC; ésta ha sido utilizada en distintas sentencias incluso en la sentencia del año 2015 aquí estudiada.
4. “Toda interpretación del derecho legislado comienza con un texto, es una fórmula lingüística escrita”⁴⁴: ignorar y no partir del análisis verdadero de la *fórmula lingüística escrita* plasmada en nuestra Constitución, obviar los cambios sintácticos ocurridos en la historia constitucional, es conducir la interpretación a resultados falsos.
5. Un análisis en el tiempo de la evolución constitucional de esta norma que incluya la comprensión de las razones del cambio de la terminología utilizada por el constituyente en el año 1999 podría ser muy útil para lograr una interpretación y aplicación más racional de la vigencia temporal de la norma tributaria.
6. Respecto a la vigencia de la ley tributaria en el tiempo es muy importante considerar que en Venezuela la Ley de Publicaciones Oficiales,⁴⁵ contempla en sus artículos 1 y 2 la obligación de que toda ley se publique en la Gaceta Oficial del país, y adicionalmente indica que toda ley entrará en *vigor* desde la *fecha* que ellas mismas indiquen, y en su defecto, desde que éstas se publiquen en la referida Gaceta conforme lo establecido en la Constitución, siendo que el artículo 174 de la Constitución de 1961 preveía que la ley quedaría promulgada al publicarse con el correspondiente “Cúmplase” en la Gaceta Oficial, o lo que es lo mismo, de no establecer la ley su fecha de entrada en vigencia, se entendía *coincidiendo* con la promulgación que la misma había entrado en vigor el mismo *día* de su publicación en Gaceta. Estas previsiones de la Ley de Publicaciones Oficiales

⁴⁰ Último párrafo del artículo 9 del COT de 1982 publicado en la Gaceta Oficial N° 2.992 Extraordinario, de fecha 03 de agosto de 1982.

⁴¹ Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario de fecha 29 de enero de 2020.

⁴² Brewer-Carías, Allan R. Comentario jurisprudencial. La Sala Constitucional vs. la competencia judicial en materia de interpretación de las leyes” ... *ob.cit.*, pp. 190-191.

⁴³ Conforme al artículo 4 del Código Civil venezolano, que como antes hemos anotado fue publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990 de fecha 26 de julio de 1982.

⁴⁴ Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Editores Universitarios de Buenos Aires. Argentina. 1963 (1958), p. 108.

⁴⁵ Publicada en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela en la Gaceta Oficial N° 20.546 de fecha 22 de julio de 1941.

están en plena sintonía con lo establecido en el artículo 1 del Código Civil⁴⁶: La ley es obligatoria desde su publicación en la Gaceta Oficial o desde fecha posterior que ella misma indique.

7. En materia *general* y bajo la vigencia de la Constitución de 1961 el inicio de la vigencia temporal de cualquier ley se entiende como: (i) la *fecha* fijada en su propio texto; o (ii) en caso de su omisión el inicio de su vigencia será la *fecha* coincidente tanto con la promulgación de esta mediante su publicación en la Gaceta Oficial, por lo que todas las leyes poseen una fecha de entrada en vigencia de forma general.
8. En materia de legislación tributaria, considerando el especial interés que ella tutela por sus implicaciones económicas, la Constitución de 1961 en su artículo 226 exigió de forma clara e indubitable que este tipo de leyes requieran el establecimiento de un *término previo a su aplicación*, para el caso de que propia ley no dispusiera algo diferente. Si ella no fijaba la *vacatio legis* requerida en su defecto se entendía que su duración era de sesenta días luego de su promulgación y publicación.
9. Bajo la vigencia de la Constitución de 1999, continúa vigente la Ley de Publicaciones Oficiales, y el antiguo artículo 174 hoy es, sin cambio alguno el 215 constitucional, por lo cual, la consideración anotada antes sobre la determinación de la entrada en vigencia de una ley en general es idéntica en los actuales momentos.
10. En materia especial tributaria el párrafo cuarto del artículo 317 constitucional es mucho más claro cuando, dada la importancia de la especialidad por su incidencia económica, debe, cambiando la redacción y los vocablos utilizados en la Constitución de 1961, establecer una *disposición especial y distinta* a la entrada en vigencia de las demás leyes generales en otras materias.
11. La interpretación que ha realizado la SC en las sentencias aquí analizadas puede llegar a considerarse como absurda y contradictoria ya que: (i) la fijación de una fecha exacta de entrada en vigencia de leyes tributarias ahora las hace coincidir con la entrada en vigencia de las leyes en general; y (ii) esa generalización con la entrada en vigencia de las demás leyes, sin distinción alguna por parte de las tributarias, no coincide con la finalidad del antiguo artículo 226 de la Constitución de 1961.
12. De mantenerse el criterio jurisprudencial vinculante aquí expuesto y analizado, y entenderse que el vocablo “lapso” equivale a fecha cierta y única, en la práctica significaría haber eliminado de *facto* la primera oración del cuarto párrafo del artículo 317 constitucional, por lo que, contrario a lo allí establecido, deberá entenderse: *Toda ley tributaria fijará la fecha cierta de su entrada en vigencia.*
13. Es claro que el vocablo utilizado en la norma constitucional de 1999 (lapso), no es ni *ambiguo* ni *vago* considerando el contexto, la conexión sintáctica en la cual la expresión fue utilizada, y la situación en que fue formulada.⁴⁷ Mucho menos las redacciones de las Constituciones de 1961 y 1999 en esta materia son o pueden catalogarse –en términos de BECCARIA–, como *oscuras*.⁴⁸ No fueron redactadas en un lenguaje extraño al ciudadano. Ambas, y de manera clara como antes vimos, exigen una interpretación acorde a las implicaciones de la entrada en *vigencia y aplicabilidad* de las normas tributarias: sobre aspectos patrimoniales y económicos de los agentes intervinientes en una sociedad que requiere para su cabal entendimiento y planificación acorde a la norma, *tiempo adicional y previo* para su *conocimiento* y condiciones especiales para su *aplicabilidad*.

⁴⁶ Publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario, de fecha 26 de julio de 1982.

⁴⁷ Véase Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Segunda Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1976, pp. 26-33.

⁴⁸ Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Andrés Ibañez, Perfecto (Traductor). Trotta. Madrid, 2011, pp. 125-126.

14. Puede decirse que la interpretación que realizó la Sala Constitucional del máximo tribunal venezolano, entendiendo la literalidad del vocablo “lapso” de una *forma distinta*⁴⁹ al significado común, encuadra en los casos calificados por la doctrina internacional en la materia, como una *interpretación correctora*,⁵⁰ no inscrita dentro de la *teoría cognitiva o formalística* (donde la interpretación es una actividad cognoscitiva limitada a verificar el *significado objetivo* de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores, los enunciados interpretativos son descriptivos, y no hay espacio para la discrecionalidad), sino en la *teoría escéptica* de la interpretación (donde la actividad interpretativa no está circunscrita al conocimiento, sino a la *valoración* y a la *decisión*, donde no existe el significado *propio* de las palabras, dado que toda palabra puede tener el significado que le incorpora el emiteo o el que la usa, y donde, entre otras características, los jueces, ante antinomias y lagunas, crean derecho de igual forma que lo hacen los legisladores), clasificación ésta desarrollada por GUASTINI.⁵¹
15. De las sentencias dictadas por la Sala Constitucional y estudiadas en este trabajo, no se observa *argumentación*⁵² alguna que valide la interpretación realizada sobre la *vigencia temporal* de las normas tributarias: no existen ningún tipo de argumento, razón o motivo lógico, *teleológico*, *apagógico* o *naturalístico*⁵³ que fundamente, justifique o persuada la interpretación del vocablo “lapso” entendido ahora como “fecha cierta”.
16. Sí existen, en cambio, en las tres sentencias dictadas por la SC, argumentos teleológicos basados en principios constitucionales tales como *confianza legítima*, *certeza*, *seguridad jurídica* y *buena fe* y la *predictibilidad deseable* en favor de los contribuyentes que necesitan planificar sus economías y no *aplicar* sorpresivamente leyes tributarias. Esta argumentación solo sirvió para fundamentar la idea de la *transitoriedad*, pero no se utilizó en el análisis de la *vigencia* temporal de la ley tributaria.
17. Según el propio criterio de la SC sostenido en la sentencia N° 1309 de fecha 19 de julio de 2001, la *interpretación constitucional* provoca el giro del proceso hermenéutico para que éste se realice alrededor de las normas y principios fundamentales previstos en el Texto Fundamental debido a que la protección de la Constitución exige que la interpretación de *todo el ordenamiento* debe hacerse conforme a ella, sin permitir la vulneración y desvío de los principios axiológicos del Estado constitucional venezolano,⁵⁴ nos podríamos preguntar válidamente, ¿por qué la interpretación en base a los *principios* que sirvieron de fundamento para entender la pretendida *transitoriedad* no se aplicaron también para interpretar la exigencia de un lapso (tiempo entre dos límites) claramente establecido en el cuarto párrafo del artículo 317 constitucional?
18. Del texto del cuarto párrafo del artículo 317 constitucional vigente, no se deduce en ningún momento, que la ley tributaria deba fijar una *fecha cierta* de entrada en vigencia. Entender el vocablo *lapso* como *fecha cierta* es, modificar el significado literal de la norma constitucional, esta vez apartándose del simple *reconocimiento lingüístico efectivo* de un vocablo claro y preciso,⁵⁵ ignorando la necesidad de tiempo adicional para co-

⁴⁹ Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Marina Gascón y Miguel Carbonell (Traductores). Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1999, p. 31.

⁵⁰ *Ídem*.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 13-16.

⁵² Atienza, Manuel. *Interpretación Constitucional...ob.cit.*, pp. 88-119.

⁵³ *Ibidem*, pp. 32-33.

⁵⁴ Melo López, Luis Emilio. “El juez en el laberinto de la interpretación”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 10, pp. 285-293. Editorial Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2018, p. 287.

⁵⁵ Apartándose del *formalismo legalista*, entendido por ATIENZA como aquel que proporciona prioridad a los criterios lingüísticos o semánticos. ATIENZA, Manuel. *Interpretación Constitucional. ob.cit.*, p. 29.

nocer la ley tributaria que posee incidencias económicas que antes hemos anotado y que la misma SC ha reconocido, yéndose a la selección de un significado determinado en el ámbito de los usos efectivos, o lo que es igual, realizando una *interpretación decisoria* donde existe una *redefinición* que según GUASTINI, no llega a convertirse en una *interpretación creativa* o análoga a la estipulación pura, ya que no se introduce un significado nuevo, inusual.⁵⁶

19. La que hemos calificado como una interpretación decisoria, en este caso se ha realizado a espaldas de una interpretación cognitiva (aquella que aclara la posible equivocidad del artículo interpretado).⁵⁷
20. El cuarto párrafo del artículo 317 constitucional, no es un principio, es una *regla deóntica obligatoria*⁵⁸ que prescribe el señalamiento de la entrada en vigencia de la ley tributaria como obligatorio, y como tal, no deben ni pueden aplicarse los parámetros habituales sobre la interpretación de *principios* constitucionales, como por ejemplo sería la utilización de la *ponderación*⁵⁹ en los llamados *casos difíciles*.
21. Aunque en las tres sentencias dictadas por la SC y aquí analizadas no es posible ubicar *argumento* alguno que sustente la selección del significado del vocablo utilizado, el cual se aparta de su *clara* definición como ya lo hemos explicado, en el supuesto negado de que fuese entendido como una norma de *textura abierta*,⁶⁰ creemos que la interpretación constitucional debe respetar ciertos límites mínimos que eviten, entre otros y por ejemplo, elegir *cualquier significado* con independencia de lograr una interpretación *coherente* con el resto de la Constitución y en general del ordenamiento jurídico, que logre vaciarla de contenido mediante una interpretación aislada.⁶¹
22. La regla constitucional establecida en el cuarto párrafo del artículo 317 constitucional dada su precisión semántica, cumple a cabalidad con el *principio de estricta legalidad* (o de *legalidad sustancial*),⁶² a normas sustantivas que condicionan su *validez sustancial*, pero la interpretación que ha realizado la SC se aleja del mismo, cada vez éste sea aplicado a un caso concreto, provocará *incoherencia*⁶³ entre el significado otorgado y la *validez sustancial* implícita. Como ejemplos véanse aquí, los casos decididos por la SPA antes indicados.
23. Analizar brevemente cómo nuestra Constitución a lo largo de la historia ha consagrado el tema de la entrada de la vigencia de las leyes en general y de las tributarias en lo particular, podría darle un *sentido lógico y común*⁶⁴ a la rectificación interpretativa que espe-

⁵⁶ Guastini, Riccardo. “Interpretación y construcción jurídica”, en *Revista Teoría y Filosofía del Derecho ISONOMÍA* N° 43, pp. 16-48. Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2015, p. 19.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del Derecho...* *ob.cit.*, p. 526.

⁵⁹ Véase Atienza, Manuel. *Interpretación Constitucional. ob.cit.*, pp. 159-181.

⁶⁰ Guastini, Riccardo. “Interpretación y construcción jurídica” ..., *ob.cit.*, p. 24; Pérez Salazar, Gonzalo. “Los límites de la interpretación constitucional por parte de la Sala Constitucional”, en *MAGISTRA* Año 8, N° 1. Escuela Nacional de la Magistratura. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2014, pp. 104 y 117.

⁶¹ Pérez Salazar, Gonzalo. “Los límites de la interpretación constitucional por parte de la Sala Constitucional” ... *ob. cit.*, pp. 117-118.

⁶² Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del Derecho...* *ob.cit.*, pp. 535-537.

⁶³ Con atinada razón ATIENZA asevera que debería “guiar la labor argumentativa de los jueces constitucionales alguna combinación de esos dos criterios: coherencia y pragmatismo; ...” ATIENZA, Manuel. *Interpretación Constitucional. ob.cit.*, p. 119.

⁶⁴ Guastini, Riccardo. “Interpretación y construcción jurídica” ..., *ob.cit.*, pp. 26-29.

ramos se suceda en un futuro, ya que solo habría que responder la siguiente interrogante: ¿ha sido la intención constituyente darle un tratamiento distinto a las normas que regulan la entrada en vigencia de las normas tributarias?

24. Como hemos visto, la SC no efectuó un debido análisis sobre el significado literal de los vocablos que los constituyentes de 1961 y de 1999 seleccionaron e incorporaron a la norma constitucional en estudio. No aplicó en consecuencia el artículo 4 del Código Civil venezolano,⁶⁵ norma esta que prevé atribuirle a la ley el sentido que se evidencia del significado de las palabras (interpretación literal), y no observándose la utilización de ningún otro método interpretativo distinto al *gramatical*, ni ningún tipo de *argumentación*, incurrió en una *falacia* al afirmar que entre ambos artículos constitucionales (226 CN 1961 y cuarto párrafo 317 CN 1999) solo existió una *reedición con modificaciones menores de estilo*, falacia ésta que se evidencia de una simple lectura de dichos artículos.
25. El análisis del significado propio de los vocablos utilizados en la norma constitucional estudiada, los principios constitucionales involucrados y reconocidos parcialmente por la SC al aplicarlos solamente al tema de la *transitoriedad*, concordado todo lo anterior con los temas económicos implícitos en la materia tributaria, impone como necesario el respeto a la *claridad y racionalidad* de la utilización del vocablo “lapso” por parte del constituyente de 1999. En ese sentido, y haciendo nuestras las palabras de GARCÍA MAYNEZ debemos señalar que cuando un texto legal es claro debe aplicarse en sus términos.⁶⁶ Luego citando a FENET, asevera: “Cuando una ley es clara no es lícito eludir su letra, so pretexto de penetrar su espíritu”.⁶⁷ Es evidente que estas aseveraciones doctrinarias están en todo acordes con lo dispuesto en esta materia por el Código Civil en su artículo 4 antes citado.
26. Del análisis del cuadro que presentamos en el Apéndice de este trabajo, es fácil percatarse que en Venezuela, es la Constitución de 1947⁶⁸ la que por vez primera introduce un artículo (el 236) que rige la vigencia temporal de las normas tributarias, y es la Constitución de 1961⁶⁹ la que incorpora la lógica necesidad del establecimiento de una *vacatio legis* en el artículo 226 aplicable en determinadas circunstancias; así como también es claro concluir que, es la Constitución de 1999⁷⁰ (cuarto párrafo del artículo 317), la que exige la existencia de un “lapso” en la entrada en vigencia de las leyes tributarias, y cuya omisión debe entenderse de pleno derecho aplicable una *vacatio legis* de sesenta días.

⁶⁵ “Art. 4. A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.

Quando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.” Código Civil publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario, de fecha 26 de julio de 1982.

⁶⁶ García Maynez, Eduardo. *Introducción al Derecho*. Vigésima cuarta edición revisada. Editorial Porrúa. México, D.F. 1975, p. 334.

⁶⁷ *Ídem*.

⁶⁸ Constitución ésta que organizó en el Título VIII a la *Hacienda Pública Nacional* y, en su Sección Primera de las Disposiciones Generales, ubicó al artículo 236 referido a la vigencia de la norma de contenido tributario. Brewer-Carías, Allan R. *Las Constituciones de Venezuela... ob. cit.*, pp. 1024-1025. Véanse los comentarios sobre este capítulo octavo en Carrillo Batalla, Tomás E. “El Sistema económico constitucional venezolano”, en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*. pp. 901-1138. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1979, pp. 938-940.

⁶⁹ Brewer-Carías, Allan R. *Las Constituciones de Venezuela, ob.cit.*, p. 1096.

⁷⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, reimpressa en la Gaceta Oficial N° 5453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000. Primera enmienda publicada en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2009.

Esta evolución que definimos como lógica y coherente con la especialidad tributaria, también es lógica y coherente con la propia definición que la doctrina más calificada ha construido de la *vacatio legis* extensible al vocablo “lapso”: “es el término durante el cual racionalmente se supone que los destinatarios del precepto estarán en condiciones de conocerlo y, por ende, de cumplirlo”.⁷¹

BIBLIOGRAFÍA

Abache Carvajal, Serviliano. “Sobre la (in) validez normativa y aplicación en el tiempo de la ley “constitucional” que crea el impuesto a los grandes patrimonios en Venezuela”, en *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario* N° 82, Año 57, agosto de 2020, Centro de Investigaciones en Tributación. Bogotá, 2020. pp. 449-469.

_____. “Validez, vigencia y aplicabilidad del decreto N° 2.163 de reforma de la Ley Impuesto sobre la Renta”, en *Revista de Derecho Público*. N° 143-144, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015. pp. 285-296.

Alchourrón, C.E. y Bulygin, E. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Universidad de Carabobo. Valencia. Venezuela, 1979.

Alexi, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998.

Amatucci, Andrea. “La interpretación de la Ley Tributaria, en Tratado de Derecho Tributario”, en *El Derecho Tributario y sus Fuentes*. Tomo I. Andrea Amatucci (Dir). Editorial Temis, S.A. Bogotá. Colombia, 2001.

Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1996.

Atienza, Manuel. *Interpretación Constitucional*. Universidad Libre. Colombia, 2010.

Balaguer Callejón, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1997.

Bayón, Juan Carlos. “Por qué es derrotable el razonamiento jurídico”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 24, pp. 35-62. Universidad de Alicante. España 2001.

Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Andrés Ibañez, Perfecto (Traductor). Trotta. Madrid, 2011.

Blasco Gascó, Francisco de P. *La norma jurisprudencial, nacimiento, eficacia y cambio de criterio*. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000.

Bobbio, Norberto. *El Tiempo de los derechos*. Editorial Sistema. Madrid, 1991.

_____. *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis, S.A. Tercera edición revisada y corregida. Bogotá. Colombia, 2007.

Brewer-Carías, Allan R. “Comentario jurisprudencial. La Sala Constitucional vs. la competencia judicial en materia de interpretación de las leyes”, en *Revista de Derecho Público*. N° 123, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010, pp. 187-196.

_____. *Las Constituciones de Venezuela*. Segunda Edición. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1997.

⁷¹ García Maynez, Eduardo. *Introducción al Derecho, ob. cit.*, p. 57.

Bulygin, Eugenio. “Creación y aplicación del derecho”, en *Anuario de Filosofía jurídica y social* N° 19, Sociedad Chilena de Filosofía jurídica y social. Chile, 2001. pp. 427-446.

_____. “Los jueces ¿crean derecho?”, en *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho ISONOMÍA* N° 18, abril, Instituto Tecnológico Autónomo de México. México, 2003. pp. 7-25.

Canale, Damiano. “Teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado”, en *Discusiones XI*, N° 11, Universidad Nacional del Sur. Argentina, 2012. pp. 135-165.

Cappello Paredes, Taormina. “Acercas de la vigencia temporal de las normas y criterios jurisprudenciales en materia tributaria: especial referencia al ordenamiento venezolano”, en *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario* N° 82, Año 57, agosto de 2020, Centro de Investigaciones en Tributación. Bogotá, 2020. pp. 409-449.

_____. “Consideraciones respecto a la interpretación del principio de capacidad contributiva previsto en la Constitución venezolana”, en *Derecho Tributario Contemporáneo. Libro homenaje a los 50 años de la Asociación venezolana de Derecho Tributario*. Leonardo Palacios Márquez y Serviliano Abache Carvajal (Coordinadores). Asociación venezolana de Derecho Tributario y Editorial Jurídica venezolana. Caracas, 2019. pp. 377-399.

_____. “La vigencia temporal de la ley tributaria en el ordenamiento jurídico venezolano. Referencia a casos prácticos. Segunda parte”, en *Revista de Derecho Tributario*. Asociación venezolana de Derecho Tributario. N° 132, Legis, Caracas, 2011.

_____. “La vigencia temporal de la ley tributaria en el ordenamiento jurídico venezolano. Referencia a casos prácticos. Primera parte”. *Revista de Derecho Tributario*. Asociación venezolana de Derecho Tributario-Legis. N° 131. Caracas, 2011.

_____. *La vigencia temporal de los criterios jurisprudenciales en materia tributaria*. Colección Monografías N° 12. Editorial jurídica venezolana y el Centro para la Integración y el Derecho Público CIDEP. Caracas, 2019.

Carrillo Batalla, Tomás E. “El Sistema económico constitucional venezolano”, en *Estudios sobre la Constitución. Libro homenaje a Rafael Caldera*. Tomo II, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1979, pp. 891-1117.

Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Segunda Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1976.

Casal Hernández, Jesús María. *Apuntes para una historia del Derecho Constitucional de Venezuela*. Centro para la Integración y el Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019.

Comanducci, Paolo. “El abuso del derecho y la interpretación jurídica”, en *Revista de Derecho Privado* N° 21, julio-diciembre, Universidad Externado de Colombia, 2011. pp. 101-118.

Crazat Jiménez, Carla. “Interpretación constitucional e interpretación de la Constitución”, en *Apuntes Filosóficos*. Vol. 19. N° 37, Escuela de Filosofía, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2010. pp. 27-63.

Delgado Echeverría, Jesús. “Las normas derogadas. Validez, vigencia y aplicabilidad”, en *Revista Derecho Privado y Constitución*, N° 17, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 197-252.

Delgado Ocando, José Manuel. *Lecciones de Introducción al Derecho*. Cuarta Edición. Vadell Hermanos Editores, C.A. Caracas, 2001.

Delgado Pino, José. “Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas”, en *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 7, Universidad de Alicante. España, 1990. pp. 101-167.

Delgado, Francisco. “Interpretación metódica y no metódica”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 121. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001.

Delgado, Francisco. *Introducción al Análisis Jurídico*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2005.

Duque Corredor, Román José. “El derecho del socialismo del siglo XXI y el Estado democrático de derecho”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N° 150. Enero-diciembre 2011. Caracas, 2011.

_____. “La interpretación Vinculante de la Jurisdicción Constitucional y los Poderes Correctivos de los Jueces”, en *Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia. XXVII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”*, Colegio de Abogados e Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2002.

_____. *Constitucionalismo Autoritario. La destrucción del Estado social y Democrático de Derecho con constituciones democráticas. El canibalismo constitucional*. Fundación Alberto Adriani y Bloque Constitucional. Caracas, 2017.

_____. *Los poderes del juez y el control de la actividad judicial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 72. Caracas, 2008.

Dworkin, Ronald. *Los Derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 2010.

Escovar León, Ramón. “Límites de la interpretación constitucional”, en *Revista de Derecho Público* N° 157/158, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019. pp. 46-64.

Ferrajoli, Luigi. “La lógica en el derecho. Una respuesta a Riccardo Guastini”, en *ISONOMIA* N° 50, octubre, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2019. pp. 134-150.

_____. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Quinta edición. Madrid, 2001.

_____. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*. Perfecto Andrés Ibañez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luís Prieto Sanchís y Alfonso Ruíz Miguel (Traductores). Trotta, Madrid, 2011-2013.

Frosini, Vittorio. *La letra y el espíritu de la ley*. Carlos Alarcón y Fernando Llano (Traductores). Primera edición. Ariel. Barcelona, 1995.

_____. *Teoría de la interpretación jurídica*. Jaime Restrepo (Traductor). Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia, 1991.

García Amado, Juan Antonio. “Sobre interpretaciones posibles del derecho y de los textos de Enrique P. Haba”, en *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 38, Universidad de Alicante. España, 2015. pp. 525-535.

_____. “Sobre los modos de conocer el derecho, o de cómo construir el objeto jurídico”, en *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 11, Universidad de Alicante. España, 1992, pp. 193-217.

García Maynez, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. S.A. Vigésima cuarta edición revisada. Editorial Porrúa. México, D.F. 1975.

Guastini, Riccardo. “Interpretación y construcción jurídica”, en *Revista Teoría y Filosofía del Derecho ISONOMÍA* N° 43, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2015. pp. 16-48.

_____. “Nomias supremas” en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 17-18, Universidad de Alicante. España, 1995. pp. 257-270.

_____. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Marina Gascón y Miguel Carbonell (Traductores). Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1999.

Hallivis Pelayo, Manuel. *Teoría general de la interpretación*. Segunda edición. Editorial Porrúa. México, 2007.

Hart, Hebert. L.A. *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1963.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Editorial universitaria de Buenos Aires. Decimoséptima edición. Argentina, 1981.

Melo López, Luís Emilio. “El juez en el laberinto de la interpretación”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 10, Editorial Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2018. pp. 285-293.

Moreso, José Juan. “Nino y Dworkin sobre los conceptos de derecho”, en *Análisis Filosófico*, Vol. XXXV, N° 1, mayo, Sociedad Argentina de Análisis Filosófico. Buenos Aires. Argentina, 2015. pp. 111-131.

Nikken, Claudia. *Consideraciones sobre las fuentes del Derecho Constitucional y la Interpretación de la Constitución*. Editorial jurídica venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público. Colección Monografías N° 10. Caracas, 2018.

Olaso, Luís María (SJ) y Casal, Jesús María. *Curso de Introducción al Derecho. Introducción a la Teoría General del Derecho*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2015.

Ost, Francois. “¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 40, pp. 15-48. Universidad de Alicante. España, 2017.

Peña Freire, Antonio M. “Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 16, Sociedad española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP). España, 1999. pp. 99-120.

Pérez Salazar, Gonzalo. “Los límites de la interpretación constitucional por parte de la Sala Constitucional”, en *MAGISTRA* Año 8, N° 1, Escuela Nacional de la Magistratura. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2014. pp. 101-120.

Pozzolo, Sussana. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 21 II, Universidad de Alicante. España, 1998. pp. 339-353.

Raz, Joseph. “Por qué interpretar”, en *Revista Teoría y Filosofía del Derecho ISONOMÍA* N° 5, octubre, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1996. pp. 25-40.

Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Editores Universitarios de Buenos Aires. Argentina. 1963 (1958).

Rubio Correa, Marcial. “La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *THÉMIS, Revista de Derecho* N° 51, Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú, 2005, pp. 7-18.

Ruiz Manero, Juan. “Normas independientes, criterios conceptuales, y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 9, Universidad de Alicante. España, 1991, pp. 281-293.

Sánchez-Covisa, Joaquín. *La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano*. Tesis presentada a la Ilustre Universidad Central de Venezuela para optar al Título de Doctor en Ciencias Políticas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Clásicos Jurídicos Venezolanos N° 2. Caracas, 2007.

Tarsitano, Alberto. “Interpretación de la ley tributaria”, en AA.VV. *Tratado de Tributación*. Tomo I. Derecho Tributario. Volumen I: Parte General. Derecho constitucional tributario. Derecho tributario sustantivo o material; administrativo o formal; procesal; penal, internacional; comunitario. Horacio A. García Belsunce (Dir). Editorial Astrea. Buenos Aires, 2003.

Tosta, María Luisa. “Interpretación: ¿solución jurídica o política?”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 121. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001.

Legislación.

- Constitución de la República de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 662 de fecha 23 de enero de 1961.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, reimpresa en la Gaceta Oficial N° 5453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000. Primera enmienda publicada en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2009.
- Código Civil Venezolano, publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario, de fecha 26 de julio de 1982.
- Ley de Publicaciones Oficiales publicada en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 20546, de fecha 22 de julio de 1941.
- Código Orgánico Tributario publicado en la Gaceta Oficial N° 2.992 Extraordinario, de fecha 03 de agosto de 1982.
- Código Orgánico Tributario publicado en la Gaceta Oficial N° 4.466 Extraordinario, de fecha 11 de septiembre de 1992.
- Código Orgánico Tributario publicado en la Gaceta Oficial N° 4.727 Extraordinario de fecha 27 de mayo de 1994.
- Ley N° 42 de 2001. Código Orgánico Tributario, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Tributario N° 1434, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.152 Extraordinario de fecha 18 de noviembre de 2014.

- Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario de fecha 29 de enero de 2020.

Sentencias:

- Sentencia N° 906 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 01 de junio de 2001, caso Distribuidora Baibery Sun 2002, C.A. Magistrado ponente: Pedro Bracho Grand.
- Sentencia N° 1252 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 30 de junio de 2004, caso José Andrés Romero Angrisano. Magistrado ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz.
- Sentencia N° 1311 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 27 de octubre de 2015, caso Sociedad mercantil Cemex Venezuela SACA. Magistrado ponente: Luisa Estela Morales Lamuño.
- Sentencia N° 978 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 09 de agosto de 2018, caso G.T.S. Técnicos Ambientales, C.A.
- Sentencia N° 72 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 21 de febrero de 2019, caso Venta de materiales y construcciones ROYMONCA, C.A.
- Sentencia N° 467 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 17 de julio de 2019, caso Laboratorios Elmor, S.A.
- Sentencia N° 368 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 21 de marzo de 2018, caso Distribuidora Polar de Oriente.
- Sentencia N° 816 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 09 de julio de 2015, caso Rowart de Venezuela, S.A.
- Sentencia N° 867 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 23 de julio de 2008, caso Distribuidora Algalope, C.A.
- Sentencia N° 2355 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 28 de abril de 2005, caso Aeropostal Alas de Venezuela, C.A.

Apéndice

CONSTITUCIÓN	NORMA VIGENCIA TEMPORAL LEY GENERAL	NORMA VIGENCIA TEMPORAL LEY TRIBUTARIA
1999	Art. 215. La ley quedará promulgada al publicarse con el correspondiente “Cúmplase” en la Gaceta Oficial de la República.	Cuarto párrafo Art 317. Toda ley tributaria fijará su lapso de entrada en vigencia. En ausencia del mismo se entenderá fijado en sesenta días continuos. Esta disposición no limita las facultades extraordinarias que acuerde el Ejecutivo Nacional en los casos previstos por esta Constitución.
1961	Art. 174. La ley quedará promulgada al publicarse con el correspondiente “Cúmplase” en la Gaceta Oficial de la República.	Art. 226. La ley que establezca o modifique un impuesto u otra contribución deberá fijar un término previo a su aplicación. Si no lo hiciere, no podrá aplicarse sino sesenta días después de haber quedado promulgada. Esta disposición no limita las facultades extraordinarias que se acuerden al Ejecutivo Nacional en los casos previstos por esta Constitución.
1953	Art. 92. La promulgación de los actos legislativos se hará mediante el Ejecútese del Presidente de la República y la publicación de ellos en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela.	Art. 124. No podrá entrar en vigor ningún impuesto o contribución ni sufrir aumento o rebaja sino después de vencido el término que en cada caso deberá fijarse.
1947	Art. 176. Las leyes entrarán en vigencia en la fecha que ella misma señale, y, a falta de tal señalamiento, desde su publicación en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela.	Art. 236. Ningún impuesto o contribución podrá entrar en vigor ni sufrir aumentos o rebajas sino después de vencido el término que en cada caso deberá fijarse. Esta disposición no limita los poderes extraordinarios que se acuerdan al Poder Ejecutivo en los casos establecidos por la Constitución.

CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA QUE SUSPENDIÓ LA APLICACIÓN DE LAS LEYES ESTADALES Y MUNICIPALES SOBRE IMPUESTOS

Rafael Badell Madrid*

Abogado

Resumen: *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia violó la separación de poderes por la usurpación de las potestades de la Asamblea Nacional para legislar sobre la coordinación y armonización de las potestades tributarias y usurpó las potestades del Presidente de la República cuando fundamentó su sentencia en los decretos de emergencia económica y de alarma. Violó la autonomía estatal y municipal por el desconocimiento de sus potestades tributarias y la reserva legal estatal y municipal, violó el debido proceso.*

Palabras Clave: *Separación de poderes, reserva legal, autonomía, potestad tributaria, debido proceso.*

Abstract: *The Constitutional Chamber of the Supreme Court violated the separation of powers by usurpation of the powers of the National Assembly to legislate on the coordination and harmonization of tax powers and usurped the powers of the President of the Republic when it based its ruling on the decrees of economic emergency and of Alarm. Violated the autonomy of the states and municipalities to establish taxes, the rule of law and the due process.*

Key words: *Separation of Power, rule of law, autonomy, tax powers, due process.*

I. DE LA SENTENCIA NÚMERO 78 DE LA SALA CONSTITUCIONAL

En fecha 7 de julio de 2020, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó la sentencia número 78, por medio de la cual acordó medida cautelar en la tramitación de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto contra la Ordenanza Municipal número 001-19¹, “Reforma de la Ordenanza de Creación de las Unidades de Valores Fiscales en el Municipio Chacao del Estado Miranda” y la Ordenanza número 008-09², “Reforma de la Ordenanza sobre Convivencia Ciudadana del Municipio Chacao”, dictadas por el Concejo Municipal del Municipio Chacao del Estado Miranda.

La medida cautelar consistió en:

* Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau.

¹ Publicada en la Gaceta Municipal Extraordinaria número 8.824 del 11 de abril de 2019.

² Publicada en la Gaceta Municipal Extraordinaria número 8.847 del 19 de junio de 2019.

- Suspender por el lapso de noventa (90) días la aplicación de cualquier instrumento normativo dictado por los concejos municipales y consejos legislativos de los estados que establezcan algún tipo de tasa o contribución de naturaleza tributaria, así como cualquier decreto o acto administrativo de efectos generales dictado por los alcaldes o gobernadores con la misma finalidad.
- Ordenar al Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción para que, junto con los gobernadores, los alcaldes y el jefe de gobierno del Distrito Capital, conforme una mesa técnica a fin de coordinar los parámetros dentro de los cuales ejercerán su potestad tributaria, en particular, para armonizar lo referido a los tipos impositivos y alícuotas de los tributos.
- Ordenar al Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción la presentación de un informe detallado de las actuaciones desplegadas en ejecución de la sentencia.

La Sala Constitucional determinó que si bien los estados y los municipios tienen la competencia constitucional de crear, fiscalizar y recaudar sus propios tributos, éstos deben hacerlo de conformidad *“con los principios y valores que informan al sistema tributario en general, señalados en el citado artículo 316 del Texto Fundamental para garantizar que las entidades político-territoriales no excedan los límites constitucionalmente establecidos”*.

Asimismo, la Sala Constitucional señaló que según lo dispuesto en el artículo 156.13, la Constitución *“le confiere un mandato al legislador para que defina los tipos impositivos y alícuotas de los tributos que deben imponer las entidades político-territoriales, con la finalidad de coordinar y armonizar el ejercicio de las distintas potestades tributarias, para garantizar la adecuada proporción, concordancia y correspondencia de los diferentes rubros impositivos, con el objeto de evitar los excesos de la carga tributaria y los efectos que estos producen tanto en los sujetos de la obligación tributaria, como en la economía nacional”*.

Además, la Sala Constitucional indicó que la coordinación y armonización del ejercicio de las potestades tributarias de los estados y municipios establecida en la Constitución, *“permitiría homogeneizar tantos los tipos impositivos como los procedimientos tributarios, a fin de que los contribuyentes que realizan su actividad económica en diferentes entidades político-territoriales, tengan un mínimo de certeza sobre los procedimientos tributarios y cargas fiscales que genera su actividad productiva, con lo cual se estarían creando condiciones que tiendan a promover y mantener el desarrollo económico y social del país”*.

La Sala Constitucional señaló que los estados y municipios deben ejercer sus potestades tributarias respecto de las materias rentísticas objeto de la armonización del sistema fiscal. Por último, la Sala Constitucional estableció que, *“visto que hasta la fecha el Poder Legislativo Nacional no ha dictado la legislación a que se refiere el cardinal 13 del artículo 156 de la Constitución, esta Sala Constitucional juzga que resulta imprescindible, dado la actual situación de Estado de Excepción, tanto de Emergencia Económica, como de Alarma, que se proceda de manera urgente a concretar el mandato constitucional referido a la coordinación y armonización tributaria”*.

La referida sentencia número 78 es inconstitucional por cuanto:

- i. Viola el principio de separación de poderes establecido en el artículo 136 de la Constitución, al usurpar las potestades exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional para legislar sobre la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, establecida en los artículos 156.13 y 187.1 de la Constitución y al fundamentar la sentencia en *“la actual situación de Estado de Excepción, tanto de Emergencia Eco-*

nómica como de Alarma”, usurpa atribuciones del Presidente de la República, establecidas en los artículos 337 de la Constitución y 15.b de la Ley Orgánica de Estados de Excepción.

- ii. Viola la autonomía estatal y municipal establecida en los artículos 164 y 168 de la Constitución, al desconocer las potestades tributarias de los municipios y de los Estados, en detrimento de la distribución territorial del Poder Público y del Estado federal venezolano, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 136 y 4 de la Constitución, respectivamente y viola la reserva legal estatal y municipal, establecida en los artículos 162.1 y 175 de la Constitución.
- iii. Viola el debido proceso contemplado en el artículo 49 de la Constitución por incurrir en el vicio de *extra petita*, al decidir sobre un asunto que no le fue solicitado por las partes; viola el carácter de instrumentalidad, provisionalidad y accesoriedad de las medidas cautelares; viola el derecho a la defensa de los sujetos sobre los cuales recae los efectos de la medida cautelar.

II. DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SENTENCIA NÚMERO 78 DE LA SALA CONSTITUCIONAL

1. *Violación del principio de separación de poderes por la usurpación de las potestades exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional para legislar sobre la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias (artículos 136, 156.13 y 187.1 de la Constitución) y por usurpar potestades exclusivas del Presidente de la República al fundamentar su sentencia en los decretos de emergencia económica y de alarma (artículos 337 de la Constitución y 15.b de la Ley Orgánica de Estados de Excepción)*

La Sala Constitucional, a través de la sentencia cautelar, usurpó las potestades propias, exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional establecidas en los artículos 156.13 y 187.1 de la Constitución, al otorgarle competencia al Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción para coordinar los parámetros dentro de los cuales los estados y municipios ejercerán su potestad tributaria, y “*en particular, para armonizar lo referido a los tipos impositivos y alícuotas de los tributos*”, en violación del principio de separación de poderes, consagrado en el artículo 136 de la Constitución.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 156.13 de la Constitución, es de la competencia del Poder Público Nacional:

“La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.”

De otra parte, dispone el artículo 187.1 de la Constitución, que corresponde a la Asamblea Nacional:

“Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.”

De acuerdo a las normas transcritas, la Asamblea nacional es el único órgano del Poder Público legitimado por el pueblo venezolano, mediante elecciones libres, universales, directas y secretas, para legislar en las materias de la competencia del Poder Nacional, entre las cuales se encuentra la legislación sobre la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias.

En efecto, la regulación en materia de coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias forma parte de la “reserva legal del Poder Nacional”, lo que significa que sólo mediante ley formal, acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador, según el artículo 202 de la Constitución, y mediante el cumplimiento del procedimiento de elaboración de las leyes especialmente establecido en la Constitución, puede legislarse sobre esta materia.

Con esta decisión insiste una vez más la Sala Constitucional en usurpar las funciones de la Asamblea Nacional. Reitera la Sala Constitucional su actuación contraria al bloque de la constitucionalidad y de la convencionalidad. Ya lo ha hecho en reiteradas ocasiones y ha quedado muy claro que su real intención es la de falsear y desfigurar el régimen constitucional y democrático establecido en la Constitución. Recientemente lo hizo a través de las decisiones números 68, 69, 70, 71, 72 y 77, dictadas durante los meses de junio y julio de 2020. En aquellos casos, y ahora lo ratificamos, señalamos que sólo el parlamento tiene la legitimidad y dignidad democrática para dictar leyes³.

La garantía de la reserva legal consiste, precisamente, en que determinadas materias, listadas por la Constitución, no pueden ser reguladas por ningún otro órgano distinto al parlamento, ni por ningún otro procedimiento diferente al contemplado en la propia Constitución en la Sección Cuarta: De la formación de las Leyes, Capítulo I del Poder Legislativo Nacional, Título V de la Organización del Poder Público Nacional, en los artículos 202 al 218.

Ese procedimiento comienza con la iniciativa de ley, regulada en el artículo 204; la discusión de los proyectos de ley, respecto del contenido de los artículos, procedencia y conveniencia, a través de dos discusiones de conformidad con los artículos 207 al 211; el estudio e informe de la Comisión parlamentaria directamente relacionada con la materia objeto de la ley, según los artículos 208 y 209; las consultas de carácter público realizadas a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada, así como las consultas a los Estados, en las materias relativas a los mismos, conforme al artículo 211; la aprobación y sanción de la ley por la mayoría de votos en la plenaria de la Asamblea Nacional, según lo previsto en el artículo 209 y la posterior promulgación por el Presidente de la República, de conformidad con el artículo 214.

El cumplimiento de este procedimiento permite el más amplio consenso y la participación de todos los pensamientos políticos, incluidas las minorías, y de los grupos de interés, perfeccionándose de esta forma el principio de representatividad, publicidad y transparencia. Este procedimiento constitucional –garantía procedimental– es lo único que asegura la legitimidad y dignidad democrática que se predica de la ley y es eso, precisamente, en lo que consiste, insistimos, la garantía de la reserva legal.

La garantía de la reserva legal supone que será inconstitucional y, en consecuencia, nula de conformidad con el artículo 138 de la Constitución, sin necesidad de analizar su contenido, cualquier regulación dictada por un órgano distinto al legislativo nacional y sin cumplir el procedimiento constitucional.

³ Véase Rafael Badell Madrid, “Algunas consideraciones sobre las sentencias de la Sala Constitucional relativas al nombramiento de las autoridades del Consejo Nacional Electoral” y “Consideraciones sobre las sentencias de la Sala Constitucional por medio de las cuales se intervinieron los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular”. Ambos artículos en proceso de publicación en el *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* número 160, correspondiente al período enero-junio 2020, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020. Disponibles en: <http://badellgrau.com>

Por ello, la validez formal de cualquier materia reservada al legislador nacional está condicionada a su regulación por medio de una ley sancionada por el Poder Legislativo Nacional, en cumplimiento del procedimiento predeterminado en la Constitución.

El principio de reserva legal al Poder Nacional para regular el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional y para la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias supone el rechazo a la deslegalización o a la degradación del rango de ley. Las normas sobre la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias y la definición de los principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, son materias de especial trascendencia nacional y deben, por tanto, ser sometidas a las discusiones parlamentarias, así como a la consulta popular que exige la Constitución.

Sin embargo, en completa violación de la Constitución, la Sala Constitucional ha pretendido que a través de una “mesa técnica” presidida por el Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción, junto con los gobernadores, los alcaldes y el jefe de gobierno del Distrito Capital, se dicte la regulación relativa a la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, que de conformidad con los artículos 156.13 y 187.1 de la Constitución le corresponde sólo a la Asamblea Nacional.

De otra parte, cuando la sentencia se fundamenta en “*la actual situación de Estado de Excepción, tanto de Emergencia Económica como de Alarma*”, usurpa atribuciones exclusivas del Presidente de la República, que es el único que puede, teniendo en cuenta razones de política, de conveniencia y de oportunidad, dictar los actos -decretos-leyes- que fueren permitidos y necesarios, a consecuencia de la declaratoria de emergencia y alarma.

En efecto, de conformidad con los artículos 337 de la Constitución y 15.b de la Ley Orgánica de Estados de Excepción, el Presidente de la República es el único facultado para “*Dictar medidas de orden social, económico, político o ecológico cuando resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos.*”

La Sala Constitucional sólo está facultada por la Constitución para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los estados de excepción, según lo disponen los artículos 336.6 y 339 de la Constitución; pero no puede asumir funciones de gobierno o legislación que de forma excepcional corresponde ejercer al Presidente de la República. De forma que nunca podría la Sala Constitucional usurpar estas funciones propias del Presidente de la República al dar instrucciones a funcionarios de la rama ejecutiva, nacional, estatal y municipal, fundamentándose en el decreto de alarma o emergencia económica.

La Sala Constitucional, al pretender realizar una función de naturaleza estrictamente política, que corresponde exclusivamente al Presidente de la República, demuestra que está ejerciendo funciones de gobierno -gobierno judicial- en exceso de los límites constitucionales y convencionales que regulan sus competencias como órgano del Poder Judicial.

Por su fundamentación y por su contenido, la decisión de la Sala Constitucional no es una sentencia, cautelar o definitiva, por el contrario, constituye una medida o actuación de dirección política totalmente ajena a sus funciones y, en consecuencia es nula de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución. A la Sala Constitucional, como órgano del poder judicial le corresponde conocer “*de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias*” (artículo 253 de la Constitución).

Luego, además, la Sala Constitucional pretende encontrar fundamento y justificación en dicho Estado de Excepción, tanto de emergencia económica, como de alarma, para violar el principio de la reserva legal. Sin embargo, de ninguna forma la declaratoria de los decretos de estados de excepción -ni aun cuando hayan sido constitucionalmente dictados atendiendo a los requisitos y procedimiento constitucional para ello, que no es el caso- le otorgan a la Sala Constitucional competencias para violar ese principio y usurpar las funciones propias y exclusivas de la Asamblea Nacional, por el contrario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 339 de la Constitución y el 3 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción la declaratoria del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público, por lo que esas potestades propias, exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional, establecidas en los artículos 156.13 y 187.1 de la Constitución, no han quedado en forma alguna interrumpidas ni limitadas por la declaratoria de Emergencia Económica y de Alarma.

La Sala Constitucional ha destruido totalmente el sentido de la función judicial como una de las ramas del poder público, ha demolido al parlamento, ha usurpado la función legislativa, y, ahora, en este caso, ha llegado también a la usurpación de la función de gobierno y administración que corresponde a la rama ejecutiva; se comporta como un órgano de jerarquía superior de la rama ejecutiva, e irrespetando la autonomía de los entes territoriales, dando instrucciones a Vicepresidente, ministros, alcaldes y gobernadores para instarlos además a violar la Constitución al obviar el límite de la reserva legal.

2. *Violación de la autonomía estatal y municipal por el desconocimiento de las potestades tributarias de los estados y municipios (artículos 164, 168 y 180 de la Constitución) y violación de la reserva legal estatal y municipal (artículos 162.1 y 175 de la Constitución)*

A través de la sentencia número 78, la Sala Constitucional decidió suspender la aplicación de cualquier instrumento normativo dictado por los Concejos Municipales y Consejos Legislativos que establezcan algún tipo de tasa o contribución de naturaleza tributaria, así como cualquier decreto o acto administrativo de efectos generales dictado con la misma finalidad, por los alcaldes o gobernadores, todo ello en completa violación de la potestad tributaria de los estados y municipios, establecida en los artículos 164, 168 y 180 de la Constitución, y por vía de consecuencia, en detrimento de la distribución territorial del Poder Público y del Estado federal venezolano, dispuesto en los artículos 136 y 4, respectivamente.

De conformidad con el artículo 159 de la Constitución, los Estados son entidades autónomas e iguales en lo político, con personalidad jurídica plena, y tienen como competencia, según lo dispuesto en el artículo 164 eiusdem: *4. La organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios, según las disposiciones de las leyes nacionales y estatales*”.

De otra parte, conforme al artículo 168 de la Constitución, *“Los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la ley*”. Esta autonomía municipal comprende de conformidad con el mismo artículo 168: *“La creación, recaudación e inversión de sus ingresos.”*

Los ingresos de los Municipios, tal como lo dispone el artículo 179.2 de la Constitución, entre otros, comprenden:

- “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.”

Además, el artículo 180 de la Constitución establece que la “*potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades*”.

De los artículos citados se desprende que los estados y municipios tienen personalidad jurídica propia, y, tienen la potestad para gestionar las materias de su competencia, lo que incluye la potestad tributaria autónoma, conforme a la cual, pueden crear, recaudar e invertir sus propios ingresos. La autonomía tributaria comprende la posibilidad de dictar y aplicar normas creadoras de tributos en los ramos tributarios asignados por la Constitución y dentro de los límites que derivan de la propia Constitución y es un rasgo característico de la forma federal del Estado venezolano.⁴

En efecto, que los estados y los municipios cuenten con una autonomía tributaria es consecuencia inmediata de la división político territorial del Poder Público establecida en el artículo 136 de la Constitución, según el cual: “*El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional*”. Como señala Brewer-Carías, el principio de la distribución territorial del Poder Público constituye una garantía de libertad y un mecanismo para la prevención del abuso de poder, que ha estado presente en toda nuestra historia republicana.

En efecto, explica Brewer-Carías que el Poder Público está distribuido territorialmente en tres niveles de gobierno que respectivamente ejercen, conforme a la forma federal del Estado, el Poder Nacional, el Poder de los Estados y el Poder Municipal⁵. De acuerdo con el artículo 4 de la Constitución, la República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en la Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.

Conviene tener en cuenta que esta forma de estado federal, como principio de organización democrática de Venezuela, tal y como lo señala el artículo 4 de la Constitución, contiene particularidades que no se corresponden, en la realidad, a la clásica concepción del Estado Federal, pero que sin embargo, conserva sus valores fundamentales. Así pues, el texto constitucional de 1999 organiza el Estado venezolano con forma federal mediante un sistema de distribución del Poder Público en tres niveles: Nacional, Estatal y Municipal, “*atribuyendo*

⁴ Sobre este punto véase videoconferencia “Sentencia del TSJ sobre la suspensión de los impuestos municipales”, por Luis Fraga Pittaluga, a través de Universitas Fundación. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=NmsnUbGy_bQ

⁵ Brewer-Carías, Allan R. “Los límites de la Asamblea Nacional Constituyente, y su actuación inconstitucional al usurpar tanto el poder constituyente originario del pueblo como las competencias de los poderes constituidos”, Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/170.-doc.-Brewer.-L%C3%ADmites-a-la-ANC-2017.pdf>

*su ejercicio a diversos órganos y asignando competencias exclusivas en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos*⁶.

El Estado de Venezuela está compuesto por entidades políticas territoriales típicas del Estado federal y descentralizado como lo son los Estados y Municipios (junto al Distrito Capital, las dependencias federales y los territorios federales, artículo 16 de la Constitución), las cuales gozan de una autonomía territorial que comprende:

- i. Autonomía normativa (como la capacidad de dictar sus propias normas, dictar las leyes que regularán la comunidad en el ámbito territorial determinado);
- ii. Autonomía tributaria (capacidad de crear impuestos y tener ingresos propios dentro del ámbito de las competencias propias de la vida local);
- iii. Autonomía política (capacidad de elegir a sus propias autoridades, sin interferencia alguna de los poderes nacionales), y
- iv. Autonomía administrativa (como la libre gestión de los asuntos propios de la entidad)⁷.

Ahora bien, a través de la sentencia número 78, la Sala Constitucional ha violado tanto la autonomía normativa como la autonomía tributaria de los estados y los municipios, vulnerando de esta forma el estado federal venezolano. En efecto, la Sala Constitucional decidió impedir, durante 90 días el ejercicio de las potestades tributarias de los estados y municipios, a saber crear, modificar, extinguir y recaudar tributos, afectando el sistema republicano, la descentralización y las autonomías estatales y municipales previstas en la Constitución⁸.

Si bien la Sala Constitucional admitió que el hecho de que no exista una legislación nacional en materia de armonización tributaria estatal y municipal –de conformidad con el artículo 156.13 de la Constitución– no impide que los estados y los municipios ejerzan su poder tributario, es lo cierto que contrariamente, a través de la sentencia restringió la potestad tributaria de tales entidades.

Además, la sentencia número 78 violó la reserva legal estatal y municipal en tanto que la mesa técnica ordenada convocar por la Sala Constitucional estará conformada por los gobernadores, los alcaldes y el jefe de gobierno del Distrito Capital, y no por los representantes de los Consejos Legislativos Estadales y los Concejos Municipales, quienes son los constitucionalmente facultados para legislar sobre las materias de la competencia estatal y municipal, entre las cuales se incluye, como señalamos previamente, la potestad tributaria, de conformidad con los artículos 162.1 y 175 de la Constitución.

En efecto, dispone el artículo 162.1 de la Constitución:

“El Poder Legislativo se ejercerá en cada Estado por un Consejo Legislativo conformado por un número no mayor de quince ni menor de siete integrantes, quienes proporcionalmente representarán a la población del Estado y a los Municipios. El Consejo Legislativo tendrá las atribuciones siguientes:

⁶ Brewer-Carías, Allan R. *Historia Constitucional de Venezuela*, Colección Trópicos, Editorial Alfa, Caracas, 2008.

⁷ Brewer-Carías, Allan R. *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Colección Monografías Administrativas número 1, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1978

⁸ Comunicado del Bloque Constitucional de Venezuela y de su Capítulo España, en rechazo al inconstitucional pronunciamiento de suprimir la capacidad de prestar los servicios públicos a los Estados y Municipios al cercenar sus capacidades tributarias, contenido en la denominada sentencia SCN° 78-2020 del 7 de julio de 2020. Caracas-Madrid, 11 de julio de 2020.

1. *Legislar sobre las materias de la competencia estatal (...)*”

Por su parte, el artículo 175 constitucional establece:

“La función legislativa del Municipio corresponde al Concejo, integrado por concejales elegidos o concejalas elegidas en la forma establecida en esta Constitución, en el número y condiciones de elegibilidad que determine la ley.”

La sentencia número 78 afecta las funciones administrativas de los gobernadores y alcaldes, que son las de ejercer el gobierno y administración de los estados y de los municipios, de conformidad con los artículos 160 y 174, respectivamente, y les otorga funciones ajenas a la naturaleza de esas competencias, al ordenarles conformar una mesa técnica a fin de coordinar los parámetros dentro de los cuales ejercerán una potestad tributaria de la que carecen, en particular, para armonizar lo referido a los tipos impositivos y alícuotas de los tributos.

3. *Violación del debido proceso (artículo 49 de la Constitución)*

La Sala Constitucional, además y una vez más, violó el debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución, así como la garantía a la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 26 *eiusdem*.

En efecto, a través de la sentencia se decidió un asunto que no fue planteado en el proceso, incurriendo en el vicio de *extra petita*. En este caso, la parte actora había solicitado -el 08 de julio de 2019- la nulidad por inconstitucionalidad, conjuntamente con acción de amparo cautelar, de la Ordenanza Municipal número 001-19 y la Ordenanza número 008-09, dictadas por el Concejo Municipal del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda. Posteriormente, en fecha 08 de agosto de 2019, mediante sentencia número 0250, la Sala Constitucional acordó el amparo cautelar solicitado y, en consecuencia, suspendió los efectos jurídicos de las ordenanzas impugnadas, con motivo de que “*en dichas ordenanzas se establece la creación de unidades de valor fiscal tributaria y sancionatoria anclada en un mercado cambiario distinto al regulado por el Banco Central de Venezuela y no contemplada en el Título VI, Capítulo II ni en el Título IV, Capítulo IV de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”.

Luego, casi un año después de esta decisión cautelar, la Sala Constitucional, de oficio, decidió suspender cautelarmente la aplicación de cualquier instrumento normativo dictado por los concejos municipales y consejos legislativos de los estados que establezcan algún tipo de tasa o contribución de naturaleza tributaria, así como cualquier decreto o acto administrativo de efectos generales dictado con la misma finalidad, por los alcaldes o gobernadores. De forma que la Sala Constitucional decidió un asunto que nunca le fue planteado por las partes, y referido a unas leyes estatales y municipales indeterminadas, distintas a la que se encontraba en examen de constitucionalidad.

El vicio de *extra petita* ocurre cuando el juez decide algo diferente a lo pedido por las partes (*ne eat iudex extra petita partium*); falta a su deber de atenerse a lo alegado y probado en autos, y a la prohibición de suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados establecida en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil y decide en el fallo una cosa distinta a la demandada, esto es, una cosa que no fue comprendida en el pedimento de las partes (véase sentencia número 0141 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 7 de marzo de 2002).

La Sala Constitucional se pronunció sobre una pretensión procesal completamente extraña al proceso, incurriendo en el vicio de incongruencia absoluta y faltando a su vez a los requisitos mínimos de la sentencia dispuestos en el artículo 243 del Código de Procedimiento

Civil según el cual “*Toda sentencia debe contener: (...) 5º Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia.(...)*”.

Sorprende, también, que la Sala Constitucional no hizo mención alguna sobre la relación que guarda esta última decisión cautelar con el proceso principal, incurriendo entonces en el vicio de inmotivación. En efecto, la Sala Constitucional se limitó a invocar lo dispuesto en los artículos 316 y 156.13 de la Constitución para concluir que “*visto que hasta la fecha el Poder Legislativo Nacional no ha dictado la legislación a que se refiere el cardinal 13 del artículo 156 de la Constitución, esta Sala Constitucional juzga que resulta imprescindible, dado la actual situación de Estado de Excepción, tanto de Emergencia Económica, como de Alarma, que se proceda de manera urgente a concretar el mandato constitucional referido a la coordinación y armonización tributaria*”. Como se observa con claridad no existe ninguna relación de causalidad entre el pretendido fundamento de la decisión y la sentencia.

Reiteramos, entonces, que la Sala Constitucional procedió a dictar una serie de medidas cautelares que no guardaban ninguna relación con el juicio principal, justificando su proceder únicamente en el “*fin de garantizar la vigencia efectiva del Texto Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 335 eiusdem, así como en ejercicio del poder cautelar general que le confiere el artículo 130 de la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*”.

Es cierto que la Sala Constitucional cuenta con los “*más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva*” de conformidad con el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; sin embargo, esos poderes -como todos los poderes del juez constitucional- se encuentran sometidos al bloque de la constitucionalidad y de la convencionalidad. Por ello, no puede la Sala Constitucional en el ejercicio de la potestad cautelar violar el debido proceso a que se refiere el artículo 49 constitucional, a través del vicio de *extra petita*, como ha ocurrido en el presente caso.

De otra parte, como hemos señalado, las medidas cautelares dictadas por la Sala Constitucional consistieron en:

1. Suspender, por el lapso de noventa (90) días la aplicación de cualquier instrumento normativo dictado por los concejos municipales y consejos legislativos de los estados que establezcan algún tipo de tasa o contribución de naturaleza tributaria, así como cualquier decreto o acto administrativo de efectos generales dictado con la misma finalidad, por los alcaldes o gobernadores.
2. Ordenar al Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción para que, junto con los gobernadores, los alcaldes y el jefe de gobierno del Distrito Capital, conforme una mesa técnica a fin de coordinar los parámetros dentro de los cuales ejercerán su potestad tributaria, en particular, para armonizar lo referido a los tipos impositivos y alícuotas de los tributos.
3. Ordenar al Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción la presentación de un informe detallado de las actuaciones desplegadas en ejecución de la sentencia.

Esas medidas cautelares no se corresponden con las características que se predicen de ellas, estas son: instrumentalidad, provisionalidad, revocabilidad, accesoriedad, idoneidad, homogeneidad, necesidad y urgencia.

La instrumentalidad de las medidas cautelares significa que ellas no constituyen un fin en sí mismas, ni pueden aspirar a convertirse en definitivas, antes y por el contrario, son un medio dispuesto para asegurar la eficacia de la que va a ser la providencia definitiva.

Esta característica de las medidas cautelares fue muy bien explicada por Calamandrei, quien señala que la instrumentalidad “*Es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares; las cuales no constituyen un fin por sí mismas, sino que están indudablemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva...*”⁹.

Sin embargo, de nuevo sorprende la actuación de la Sala Constitucional, la sentencia cautelar número 78 no tiene carácter instrumental, por cuanto no está relacionada con ninguna pretensión de ningún proceso. La sentencia número 78 no está dirigida a garantizar la ejecución de una decisión definitiva, mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos que corresponde dilucidar en el proceso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto por el accionante en contra de la Ordenanza Municipal número 001-19 y la Ordenanza número 008-09, dictadas por el Concejo Municipal del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda; por el contrario, decide de forma autónoma, principal y definitiva sobre un asunto que nunca tuvo relación alguna con la causa petendi del demandante. Ella constituye un fin en sí misma.

De otra parte, las medidas cautelares son en esencia provisionales, lo que supone que los efectos de las medidas cautelares terminan cuando se produce la sentencia que pone fin al proceso principal, es decir, tienen virtualidad mientras dura el proceso. Esta provisionalidad permite que, aun cuando no haya finalizado el proceso principal, si cambian las circunstancias que condujeron a la adopción de la medida cautelar, ésta puede ser modificada o revocada por razones sobrevenidas. En cualquier caso, en virtud de la provisionalidad, la providencia cautelar suple temporalmente –provisionalmente– el efecto ante la ausencia de la providencia definitiva, lo que significa que está a la espera de que ese efecto sea sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente.

No obstante, la sentencia “cautelar” número 78 se convierte en una sentencia con efectos definitivos, que pretende sujetar a los estados y a los municipios a los parámetros y regulaciones de coordinación y armonización “*dentro de los cuales ejercerán su potestad tributaria, en particular*”, dictados por una mesa técnica conformada por el Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción. Reiteramos que no hay nada de provisional en la regulación, que con carácter definitivo y permanente se pretende dictar, en violación a la atribución establecida el artículo 156.13 constitucional.

Pero además de lo anterior, las medidas cautelares son accesorias, esto es, dependen de un proceso principal, por lo que no pueden ser dictadas de forma autónoma. Es decir, la accesoriedad de las medidas cautelares supone que éstas carecen de autonomía e independencia y están condicionadas por el objeto del proceso a que se refiere. En contraste con esta característica de accesoriedad, las medidas establecidas a través de la sentencia número 78 deciden sobre un asunto que no tiene ninguna relación con el fondo del proceso principal; se trata de decisiones autónomas e independientes del objeto del juicio.

En esencia la sentencia número 78, que no es una medida cautelar, es violatoria del debido proceso por cuanto no fue dictada dentro de un juicio contradictorio, ni con base en una articulación probatoria que permitiera a los sujetos sobre los cuales recaen los efectos de la decisión “cautelar” ejercer su derecho a la defensa de conformidad con el artículo 49 de la Constitución. Ni los gobernadores ni los alcaldes, ni los Consejos Legislativos ni los Consejos Municipales, fueron llamados a formar parte del proceso, ni ejercieron su derecho a la defensa antes de que se tomara una decisión sobre el ejercicio de sus potestades tributarias.

⁹ Calamandrei citado en Ortiz Álvarez, Luis A. *La Protección Cautelar en el Contencioso-Administrativo*, Editorial Sherwood, Caracas, 1999. pp. 274-275.

Se afectó la autonomía tributaria de los estados y municipios sin sustanciar un proceso judicial destinado a ello y, en consecuencia, en violación de las garantías procesales fundamentales que consagra el artículo 49 de la Constitución.

CONCLUSIÓN

En atención a las consideraciones anteriores, concluimos que la sentencia número 78 de la Sala Constitucional es inconstitucional por cuanto: violó el principio de separación de poderes al usurpar las potestades exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional para legislar sobre la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, y al fundamentarse la sentencia en “*la actual situación de Estado de Excepción, tanto de Emergencia Económica como de Alarma*”; usurpó atribuciones del Presidente de la República; violó la autonomía estatal y municipal al desconocer las potestades tributarias de los municipios y de los Estados, en detrimento de la distribución territorial del Poder Público y del Estado federal; además violó la reserva legal estatal y municipal y violó el debido proceso por incurrir en *extra petita* al decidir sobre un asunto que no le fue solicitado por las partes y por violar el carácter de instrumentalidad, provisionalidad y accesoriedad de las medidas cautelares; y por violar el derecho a la defensa de los sujetos sobre los cuales recae los efectos de la medida cautelar.

EL PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN DE PRISIÓN EN CASOS DE DESACATO DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO, ESTABLECIDO COMO “INTERPRETACIÓN VINCULANTE” POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN 2014 Y 2019, EN CONTRA DE LO ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *La Sala Constitucional en contra de lo establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo estableció en 2014 y 2019, la competencia de los jueces de amparo para imponer la sanción de prisión a quienes desacaten sus sentencias de amparo, estableciendo un procedimiento para asegurar un doble control de las decisiones por parte de la Sala Constitucional.*

Palabras Clave: *Amparo. Desacato de sentencias. Prisión.*

Abstract: *The Constitutional Chamber has established in 2014 and 2019, contrary to what is provided in article 31 of the Organic Law of Constitutional protection, the power of the ordinary judges on matter of constitutional protection proceeding, to impose the sanction of prison in cases of contempt, regulating a procedure in order to control, twice, the content of the judicial decisions.*

Key words: *Amparo Proceeding. Contemp. Prison.*

I. EL RÉGIMEN DEL DESACATO DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO Y EL INICIO DE SU TRASTOCAMIENTO POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Conforme a lo establecido en el artículo 31 de la Ley de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales de 1988, en Venezuela, el desacato de las sentencias de amparo está tipificado en dicha norma como un delito, cuyo juzgamiento, dada la ausencia de previsión de un procedimiento judicial específico, corresponde a los tribunales competentes de la jurisdicción penal ordinaria, mediante un proceso penal, con las garantías del debido proceso, no teniendo el juez de amparo competencia para sancionar en forma alguna el desacato de sus decisiones.

En esta forma, la ley venezolana, sigue la orientación de las leyes reguladoras del amparo en América Latina, en las cuales no se prevé para los jueces de amparo facultad directa de castigar, mediante la imposición de sanciones penales, el desacato a sus órdenes;¹ el juez de

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías. *Leyes de Amparo de América Latina, Con un estudio preliminar sobre el amparo en el derecho constitucional comparado latinoamericano*, Se-

amparo no tiene legalmente potestad sancionatoria directa alguna frente al desacato respecto de sus decisiones, teniendo el juez de amparo limitada su actuación en los casos de incumplimiento de las sentencias de amparo, a sólo procurar el inicio de un proceso penal ante la jurisdicción penal ordinaria, a cuyo efecto debe poner en conocimiento del asunto al Ministerio Público para que sea éste el que dé inicio al proceso penal correspondiente, tendiente a comprobar (o no) la existencia del delito y a imponer (de ser el caso) la sanción penal legalmente establecida, a que ya se ha hecho referencia.

Ello sin embargo comenzó a ser trastocado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 138 de 17 de marzo de 2014 (Caso: *Alcalde Vicenzo Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta*),² en la cual, usurpando las competencias de la Jurisdicción Penal, se arrogó directamente la potestad sancionatoria penal en materia de desacato a sus decisiones de amparo, violando todas las garantías más elementales del debido proceso, entre las cuales están, que nadie puede ser condenado penalmente sino mediante un proceso penal, el cual es el “instrumento fundamental para la realización de la justicia” (art. 257 de la Constitución), en el cual deben respetarse el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al juez natural (art. 49 de la Constitución), y la independencia e imparcialidad del juez (arts. 254 y 256 de la Constitución); juez que en ningún caso puede ser juez y parte, es decir, decidir en causa en la cual tiene interés.³

En efecto, luego de que un conjunto de asociaciones y cooperativas de comerciantes interpusieron una denominada demanda “por derechos e intereses colectivos o difusos” conjuntamente con una petición de medida cautelar innominada contra el Alcalde *Vicenzo Scarano Spisso* y el Director de la Policía Municipal de un Municipio del Estado Carabobo (San Diego) *Salvatore Lucchese Scaletta*, para que removieran supuestas obstrucciones en las vías públicas del Municipio que se habían producido por protestas populares contra las políticas del Gobierno, la Sala Constitucional, mediante sentencia N° 136 de 12 de marzo de 2014, que les “fue notificada vía telefónica” a dichos funcionarios, acordó el amparo constitucional cautelar solicitado, y en líneas generales ordenó a los Alcaldes, entre múltiples actividades de tipo administrativo que son propias de la autoridad municipal como velar por la ordenación de la circulación, la protección del ambiente, el saneamiento ambiental, la prevención y control del delito, y en particular que debían realizar acciones y utilizar los recursos materiales y humanos necesarios:

“a fin de evitar que se coloquen obstáculos en la vía pública que impidan, perjudiquen o alteren el libre tránsito de las personas y vehículos; se proceda a la inmediata remoción de tales obstáculos que hayan sido colocados en esas vías, y se mantengan las rutas y zonas

gunda Edición aumentada y actualizada, Colección Derecho Público Iberoamericano N° 3, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas – New York, 2016.

² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162025-138-17314-2014-14-0205>. HTML

³ Véase nuestra crítica a esa sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “Allan R. Brewer-Carías, La ilegítima e inconstitucional revocación del mandato popular de alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, usurpando competencias de la jurisdicción penal, mediante un procedimiento “sumario” de condena y encarcelamiento (*El caso de los Alcaldes Vicenzo Scarano Spisso y Daniel Ceballo*), en *Revista de Derecho Público*, N° 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 176 y ss.

adyacentes a éstas libres de basura, residuos y escombros, así como de cualquier otro elemento que pueda ser utilizado para obstaculizar la vialidad urbana y, en fin, se evite la obstrucción de las vías públicas del referido municipio.”⁴

Cinco días después de dictada la referida sentencia acordando la medida de amparo cautelar, la Sala Constitucional, en sentencia N° 138 de 17 de marzo de 2014, sin que nadie se lo solicitara ni advirtiera, es decir, actuando de oficio, y con el propósito de sancionar directamente a los destinatarios de la medida cautelar por presunto desacato a la medida cautelar decretada, procedió a fijar un procedimiento *ad hoc* para ello, a los efectos de determinar “el presunto incumplimiento al mandamiento de amparo,” identificando a su vez a la persona que habría incurrido en delito, anunciando además que “en caso de quedar verificado el desacato,” verificación procesal que la propia Sala haría en sustitución del juez penal, en contra lo dispuesto en la Ley Orgánica de Amparo, la misma Sala impondría:

“la sanción conforme a lo previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y remitirá la decisión para su ejecución a un juez de primera instancia en lo penal en funciones de ejecución del Circuito Judicial Penal correspondiente.”

Es decir, la Sala Constitucional resolvió usurpar la competencia de la Jurisdicción Penal y anunció que verificaría la comisión del delito de desacato, identificando a los autores que habían incumplido el mandamiento de amparo constitucional que había dictado, por lo que les impondría directamente la pena de prisión de seis (6) a quince (15) meses, que es la sanción penal prevista en el mencionado artículo 31 de la Ley Orgánica, y con ello la revocación de hecho del mandato popular que tenían. Ni más ni menos, el Juez Constitucional se erigió en el persecutor de los funcionarios públicos electos responsables de los gobiernos municipales en los Municipios donde la oposición había tenido un voto mayoritario, para sacarlos de sus cargos.

Para incurrir en este abuso de poder y usurpación de competencias exclusivas de los jueces de la Jurisdicción Penal, la Sala Constitucional, por supuesto, violó todos los principios más elementales de la garantía del debido proceso enumerados en el artículo 49 de la Constitución, entre ellos, el derecho de toda persona a ser juzgado a través de un proceso penal desarrollado ante jueces penales, que son el juez natural en la materia; el derecho a la defensa y el derecho a la presunción de inocencia.

II. LA ASUNCIÓN POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA COMPETENCIA PARA IMPONER LA SANCIÓN PENAL POR DESACATO DE SENTENCIAS DE AMPARO EN CONTRA DE LO PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO Y EN EL CÓDIGO PENAL

La anunciada y esperada sentencia en el caso de *Vicencio Scarano Spisso*, Alcalde del Municipio San Diego del estado Carabobo y de *Salvatore Lucchese Scaletta* Director General de la Policía Municipal de San Diego del Estado Carabobo, anunciada para revocarles el mandato popular, se adoptó en la audiencia de fecha 19 de marzo de 2014, y que fue publica-

⁴ Contra esta decisión de mandamiento de amparo cautelar el Alcalde del Municipio se opuso a la misma mediante escrito de 18 de marzo de 2014, y al día siguiente, el día 19 de marzo de 2014, la Sala Constitucional con base en el argumento de que en el procedimiento de amparo no debe haber incidencias, declaró como “IMPROPONIBLE en derecho la oposición al mandamiento de amparo constitucional cautelar planteada por el ciudadano Vicencio Scarano Spisso.” Véase la sentencia N° 139 de 19 de marzo de 2014 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162073-139-19314-2014-14-0205.HTML>

da con el N° 245 el día 9 de abril de 2014,⁵ enjuiciándolos, condenándolos penalmente y encarcelándolos, y en cuanto al Alcalde Scarano, revocándole su mandato popular, es un compendio de violaciones al debido proceso que está garantizado en el artículo 49 de la Constitución, y que el “máximo garante de la misma” simplemente violó impunemente.⁶

Violación que comenzó con las garantías del debido proceso, al haberse a “juizado,” condenado y encarcelado a los funcionarios municipales por el “delito” de desacato de una decisión cautelar de amparo, por un tribunal incompetente por no ser parte de la Jurisdicción penal, es decir, violándose el derecho al juez natural, sin proceso penal alguno cuando al tratarse de un hecho punible de acción pública se requería de la iniciativa del Ministerio Público, mediante un procedimiento sumarísimo en el cual la Sala Constitucional actuó como juez y parte, invirtiendo la carga de la prueba, al presumir la culpabilidad de los encausados, violándose el derecho a la presunción de inocencia, y además, el mismo derecho a la defensa. La Sala, en efecto, para declarar el desacato se basó en “recortes de prensa” que supuestamente “acreditaban” un “hecho notorio comunicacional,” que le dieron “certeza y convencimiento de que los ciudadanos Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta son responsables del desacato al amparo cautelar decretado en sentencia dictada el 12 de marzo de 2014,” concluyendo de ello que había quedado “demostrada la falta de acatamiento del amparo cautelar dictado por esta Sala, por parte de los encartados de autos, quienes incumplieron las órdenes contenidas en el mismo.”

Luego de declarar el desacato al mandamiento de amparo, la Sala consideró “de manera definitiva” que la conducta de los ciudadanos Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta encuadraba “en el supuesto de hecho del precepto establecido en el artículo 31 de la referida Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales,” pasando entonces a constatar que la Constitución dispone que corresponde al poder Judicial “*ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias*” (art. 253), para lo cual el ordenamiento jurídico dispone de mecanismos “expeditos y eficaces,” con el revestimiento “a la jurisdicción de la fuerza coercitiva necesaria para que ello pueda materializarse de manera efectiva,” como supuestamente resulta del citado artículo 31 de la Ley de Amparo.

Sobre esta norma, que prevé, como se ha visto, una sanción penal tipificada como delito con pena de prisión para quienes desacaten decisiones de amparo, que sólo puede aplicarse por la Jurisdicción Penal, luego de constatar que el artículo 28 de la Ley de Amparo le atribuye potestad sancionatoria de arresto al juez de amparo –inconstitucional por lo demás– en casos de amparos temerarios, pasó a hacer una afirmación insólita, sin base legal alguna, en el sentido de que:

⁵ Véase la sentencia N° 245, del 9 de abril de 2014 (Caso: *Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205>. HTML. Véase también en *Gaceta Oficial* N° 40.391 de 10 de abril de 2014 y en *Revista de Derecho Público*, N° 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 111 ss. Véase la crítica a la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *La ilegítima e inconstitucional revocación del mandato popular de alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, usurpando competencias de la jurisdicción penal, mediante un procedimiento “sumario” de condena y encarcelamiento (El caso de los Alcaldes Vicencio Scarano Spisso y Daniel Ceballo)*, en *Revista de Derecho Público*, N° 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 176 ss.

⁶ Lo decidido en esta sentencia se repitió en la sentencia adoptada en la audiencia del día 25 de marzo de 2014, y publicada con el N° 263 el 11 de abril de 2014 dictada en contra del Alcalde del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, Daniel Ceballos, en la cual se aplicó la “doctrina vinculante” que se había establecido inconstitucionalmente en la sentencia 245, e igualmente, se lo enjuició, condenó penalmente, encarceló y se le revocó su mandato popular en contra de todos los principios del debido proceso.

“si bien no hace referencia expresa “al tribunal” como ente sancionador, lo que pudo estimarse innecesario por parte del legislador, [...] ello no es determinante para privar al juzgador de amparo, cuya decisión ha sido desacatada [...], de aplicar tal sanción en protección no sólo de los derechos que persigue tutelar mediante la misma y el proceso que la contiene, sino también de la labor del juez y del sistema de administración de justicia, pues si no hubiere una reivindicación inmediata de la decisión adoptada, la jurisdicción perdería la fuerza suficiente para cumplir las atribuciones que le asigna la Constitución y el resto del orden jurídico, dejando pasos a otras formas de control de los conflictos e interacciones sociales, que no sólo pudieran contrariar la parte orgánica de la Constitución, sino y sobre todo, su dimensión dogmática: valores, principios, derechos y garantías.”

Con base en esto, la Sala Constitucional, consideró que el hecho de que la misma no tuviera conforme al artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, la posibilidad de sancionar los desacatos a sus mandamientos, ello implicaría “un desacato a la ley,” como también lo sería el tener que dirigirse al Ministerio Público para que este, si lo estima, iniciase la acción penal correspondiente, lo que podría hacer “completamente ilusorio el cumplimiento del mandamiento de amparo.” Por ello, para supuestamente “garantizar los artículos 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y 253 de la Constitución,” la Sala concluyó como si fuera un tribunal penal, imponiendo directamente a los mencionados ciudadanos Vicenzo Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta la sanción de prisión en su término medio de diez (10) meses y quince (15) días, prevista en el mencionado artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, y con ello la pena accesoria de la inhabilitación política prevista en el artículo 24 del Código Penal.

Esta decisión de la Sala Constitucional, de aplicar estrictamente la ley (Código Penal) para imponer una pena accesoria pero ignorando lo que la ley dispone para aplicar la pena principal, que es la que origina la accesoria, la llevó a tratar de justificar lo injustificable, argumentando sobre la competencia para imponer dicha pena principal, que la misma Sala “en algunas decisiones” citando las N° 74 del 24 de enero de 2002 y N° 673 del 26 de marzo de 2002, le había dado correctamente el tratamiento que se le da a los ilícitos penales,

“en el sentido de que, al advertir el desacato, ordenaba oficiar al Ministerio Público para que investigara si se cometió o no el desacato y, si así lo estimare, acusara ante la jurisdicción penal o, en su defecto, solicitara el sobreseimiento de la causa o archivara el expediente. Actuación que se desplegaba aun a pesar de haber podido comprobar el hecho del desacato por notoriedad comunicacional o por medios de prueba que constaban en la causa.”⁷

⁷ Se le olvidó a la Sala Constitucional, sin embargo, hacer referencia y copiar su más reciente sentencia en la materia que fue la N° 1013 de 11 de julio de 2012, en la cual cita a su vez la sentencia N° 341 de 1° de marzo de 2007 y otras decisiones anteriores, en la cual “expresamente se estableció sobre lo previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales: que “se trata de una *pena corporal* que se prescribe para toda aquella persona que incurra en el supuesto de desacato del contenido de un mandamiento de amparo, y *esto es propio de la jurisdicción penal*. Así lo ha ratificado la jurisprudencia, al considerar que es dicha jurisdicción, la encargada de conocer las causas iniciadas por incumplimiento de mandamiento de amparo.” En sentencia del 31 de mayo de 2001 (Caso: *Aracelis del Valle Urdaneta*) la Sala dijo: “(...) Ahora bien, en relación con el desacato, ha señalado este Alto Tribunal que dado, el carácter delictual del mismo, la calificación que de este delito se haga “le compete al Tribunal Penal, en el contexto del debido proceso con la garantía del derecho a la defensa (artículo 68 de la Constitución)” (Vid. *Sentencias de la Sala Político-Administrativa del 7 de noviembre de 1995: Caso Rafael A. Rivas Ostos y del 11 de marzo de 1999: Caso Ángel Ramón Navas*). Por esta razón, la jurisprudencia citada dispuso que: “al alegarse el incumplimiento del mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, conforme al artículo 31 *ejusdem*, el Tribunal que actuó en la causa, no es el competente para realizar la calificación jurídica del mencionado incumplimiento.”

Frente a ello, todo el argumento subsiguiente de la Sala Constitucional en su sentencia se redujo a una rebuscado intento de ignorar su propia jurisprudencia, indicando que en este caso, *la demanda de amparo había sido intentada ante la propia Sala Constitucional* en protección de derechos e intereses colectivos, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, y que la misma había dictado conforme a dicha Ley, una medida de amparo cautelar. Por ello, entonces, afirmó la Sala, que su propia doctrina “no puede permanecer estática” cuando la Ley Orgánica de Amparo no establece “procedimiento alguno para la valoración preliminar del posible incumplimiento de un mandamiento de amparo a efectos de su remisión al órgano competente,” pasando luego a apelar al expediente de que conforme al artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, “cuando en el ordenamiento jurídico no se preceptúe un proceso especial a seguir, se aplicará el que exclusivamente las Salas de este Alto Tribunal juzguen más conveniente para la realización de la justicia, siempre que tenga fundamento legal,” ignorando por supuesto, que en materia de aplicación de una pena de prisión como pena principal, si hay un procedimiento establecido que es el del Código Orgánico Procesal Penal a ser desarrollado exclusivamente por los tribunales de la Jurisdicción penal.

En este marco de ignorancia deliberada de lo que la ley establecía, fue que la Sala en su sentencia N° 138 del 17 de marzo de 2014, considerando que la Ley del Tribunal Supremo era de 2010 y que aplicar la ley, es decir, el Código Orgánico Procesal Penal, no era el “tratamiento jurídico que debe dársele al referido ilícito” penal, apeló entonces inconstitucionalmente a la previsión del artículo 26 de la Ley Orgánica de Amparo para “determinar el presunto incumplimiento al mandamiento de amparo cautelar decretado,” citando así a los “encausados” a una audiencia oral en la cual no se garantizaron en forma alguna los principios del debido proceso legal, para proceder de inmediato, como se lo exigía el poder político, a declarar su culpabilidad, condenarlos y encarcelarlos *ipso facto*, en un solo acto y momento en el cual supuestamente podían exponer “los argumentos que a bien tuvieren en su defensa.” Y todo ello, tratando de justificar que la norma sancionatoria del artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, a pesar de que fija un tipo delictivo de desacato y una sanción penal de prisión, supuestamente, “carece de carácter penal” porque ninguna norma la califica como “ilícito penal.”

O sea que de acuerdo con la Sala, una tipificación de una conducta en una norma legal como “delito,” sancionado con pena de “prisión,” no sería un “delito,” sino quién sabe qué otra cosa, lo que por tanto no amerita aplicar las garantías del debido proceso, que son entre otras, el derecho al juez natural (jurisdicción penal), y a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa; y todo para tratar de tratar de justificar que en esos casos es el propio juez que lleva el proceso el que debe aplicar la sanción, máxime –a juicio de la Sala– cuando se trate de decisiones que “dicte este Máximo Tribunal de la República, en tutela de intereses y derechos constitucionales.” Todo ello, por supuesto, es totalmente inconsistente con el régimen de protección de la libertad individual, que garantiza que sólo mediante decisión de un juez penal se puede imponer una pena privativa de libertad como la de prisión, siendo absolutamente falaz la argumentación que hizo la Sala Constitucional en su sentencia de que “no toda norma que contenga sanciones restrictivas de la libertad es necesariamente una norma penal.” Ello es cierto, sólo referido a las sanciones de “arresto” establecida como sanción administrativa (incluso la impuesta por autoridades judiciales), pero simplemente no es cierto si se refiere a la pena de “prisión,” que siempre, siempre, tiene carácter penal, por más que la Sala pretenda decir que “que hoy día, materialmente hablando, [el arresto] no reporta mayo-

(Caso *Ramón Isidro Nava Aponcio*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1013-11712-2012-2011-1466.HTML>)

res diferencias con la prisión.” A la luz de toda la doctrina citada y copiada en la sentencia, al contrario, si hay diferencia, por lo que la pena de “prisión” impuesta por desacato de una medida de amparo, por más que la Sala la considere anacrónica, sí es una sanción que pertenece “al derecho penal” y no simplemente al derecho público,” pues no es una simple sanción a una “desobediencia o conducta indebida ante un tribunal.”

Por lo demás, se le olvidó a la Sala que el arresto, al no ser una pena, no conlleva la pena accesoria de inhabilitación política; en cambio la pena de prisión si la conlleva, como la propia Sala lo aplicó en este caso. No se entiende entonces cómo la Sala pudo empeñarse en negarle el carácter de pena, de derecho penal a la sanción prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, pero a la vez empeñarse en aplicarle la pena accesoria de inhabilitación política que sólo procede cuando hay una “pena (penal) principal, como la de prisión.

Después de estos argumentos contradictorios, la argumentación de la Sala se quedó en rumiar sobre lo ineficaz que sería “la intervención penal en el caso del desacato de amparo,” y sobre “la presencia de tal ilícito en una ley no penal” como la Ley Orgánica de Amparo; y todo para justificar el inconstitucional procedimiento establecido en su decisión para juzgar y condenar por tal delito de desacato, sin seguir el debido proceso penal, considerándolo como “una intervención jurisdiccional absolutamente legítima,” y pretender “asimilar” la sanción penal al desacato en materia de amparo y la sanción penal de prisión, a las simples sanciones administrativas y jurisdiccionales de arresto que prevén muchas normas del ordenamiento procesal aplicables por los propios jueces.

Por todo ello, no puede sino causar asombro cómo la Sala Constitucional en su sentencia, concluyó afirmando que con la decisión adoptada de condenar y encarcelar a un Alcalde y a un alto funcionario municipal por el “delito” de desacato de una sentencia de amparo que según su propia calificación es un delito “de acción pública,” imponerles una “pena de prisión” como “pena principal,” y además la “pena accesoria” de inhabilitación política, –con ello dijo–:

“la Sala no pretende juzgar ilícito penal alguno vinculado a esta causa, pues lo que está siendo objeto de decisión es si hubo o no desacato a la decisión que dictó, y, al haberlo corroborado, imponer la consecuencia jurídica que le obliga atribuir, en estos casos, la ley (artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo).”

O sea que la Sala Constitucional sin garantizar en forma alguna el debido proceso, juzgó un ilícito penal sin proceso penal alguno, impuso una sanción penal como pena principal (pena de prisión), e inhabilitó políticamente a los condenados (pena accesoria a la principal), diciendo sin embargo que no se estaba juzgando ilícito penal alguno vinculado a la causa. Y además, para justificar la inconstitucionalidad cometida, concluyó que ello lo hacía “*en ejercicio de la potestad sancionatoria de la jurisdicción constitucional,*” que supuestamente “no se contrapone a la competencia penal del Ministerio Público, de la policía de investigación penal y de la jurisdicción penal (*stricto sensu*), la cual no se extiende hasta este ilícito judicial constitucional de desacato.”

Aparte de que para que exista una “potestad sancionatoria de la jurisdicción constitucional” se requiere texto legal expreso que la regule, la única forma de quitarle el carácter penal al supuesto “ilícito judicial constitucional de desacato” que no es nada más que en palabras de la Sala “un hecho punible de acción pública” es mediante una reforma de la ley, y no mediante una sentencia de la Sala Constitucional.⁸

⁸ Por ello, con razón, al conocerse la sentencia, los profesores Alonso Medina, Alberto Arteaga y José Luis Tamayo expresaron, en rueda de prensa transmitida por el canal de internet de El Nacio-

III. LA “INTERPRETACIÓN VINCULANTE” DE 2014 DEL ARTÍCULO 31 DE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO EXCLUYENDO LA APLICACIÓN DE LAS “REGLAS DEL PROCESO PENAL Y DE LA EJECUCIÓN PENAL” EN CASO DE DESACATO DE SENTENCIAS DE AMPARO, ATRIBUYÉNDOLE A LOS PROPIOS JUECES DE AMPARO LA COMPETENCIA PARA DECIDIR EN LA MATERIA

En definitiva, después de todos estos argumentos para justificar lo injustificable, y poner fin a cualquier discusión en la materia, y en virtud de la necesidad que tenía la Sala Constitucional de enjuiciar y encarcelar a dos alcaldes de oposición en un momento particular de crisis política y manifestaciones callejeras, la Sala Constitucional en su sentencia N° 245 el día 9 de abril de 2014 procedió a “reformular” en general lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, estableciendo “con criterio vinculante”:

“el carácter *jurisdiccional constitucional* de la norma establecida en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ello para garantizar el objeto y la finalidad de esa norma y, por tanto, para proteger los valores que ella persigue tutelar: los derechos y garantías constitucionales, el respeto a la administración de justicia, la administración pública, el funcionamiento del Estado, el orden jurídico y social, la ética, la convivencia ciudadana pacífica y el bienestar del Pueblo, junto a los demás valores e intereses constitucionales vinculados a éstos. *Por lo tanto, las reglas del proceso penal y de la ejecución penal no tienen cabida en este ámbito* (fijación de la competencia territorial respecto de la ejecución, intervención fiscal, policial y de la jurisdicción penal –la cual, valga insistir, encuentra su último control constitucional en esta Sala–, suspensión condicional de la pena, fórmulas alternas de cumplimiento de la pena, entre otras tantas), más allá de lo que estime racionalmente esta Sala, de caras al cumplimiento del carácter retributivo, reflexivo y preventivo de la misma y cualquier otra circunstancia que encuentre sustento en el texto fundamental. Así se decide.”

En esta forma, la Sala Constitucional sin invocar específicamente su potestad de establecer “interpretaciones vinculantes sobre el contenido o alcance de normas o principios constitucionales” prevista en el artículo 335 de la Constitución, en realidad procedió a establecer con carácter vinculante la interpretación de una norma legal; es decir, del artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo, “despenalizando” el tema y atribuyéndole a todos los jueces de amparo la competencia para conocer del desacato de las sentencias de amparo y para imponerle a los responsables, en sustitución de la jurisdicción penal, la pena de prisión por desacato a las sentencias de amparo que dicten.

Sin embargo, de lo que siguió en la sentencia puede deducirse que la Sala Constitucional no quedó totalmente convencida de la “interpretación vinculante” que hizo, atribuyéndole a los jueces de amparo en todas las jurisdicciones para resolver por sí los desacatos a sus propias sentencias e imponer penas de prisión a los que las desacataran, por lo que, además,

nal: “su estupor frente a un acto de la Sala Constitucional que consideran “incalificable”, porque a su vez y entender no respeta ninguna regla constitucional ni derecho a la defensa. Coinciden en señalar que en este día el Tribunal Constitucional abre una nueva etapa en la administración de la justicia en Venezuela al asumir ilegalmente una parodia de juicio penal, sin acusación por delante, actuando como juez de instrucción (no vigente en el ordenamiento jurídico venezolano actual), y dictando una condena que viola flagrantemente normas procesales y el principio de libertad. En este acto sin nombre, indican que se viola todo principio constitucional comenzando (1) por el Principio fundamental de la Competencia, que es de materia de orden público, y pasando por (2) el Principio de Juez Natural; (3) el Principio del Derecho a la Defensa; y (4) el principio del Debido Proceso. Además de que viola completamente el Código Orgánico Procesal Penal. Véase en “La anti justicia”, VenEconomía.com, 10 de abril de 2014, en http://www.veneconomia.com/site/modulos/m_visor.asp?pub=4228

fijó, también con carácter vinculante un procedimiento específico, a los efectos de asegurar que la Sala Constitucional tendría la posibilidad de ejercer un control previo a la ejecución de las sentencias de desacato, sobre las actuaciones de los jueces de amparo en la materia, disponiendo que:

“en virtud de la relevancia de los intereses jurídicos involucrados en el procedimiento por desacato al mandamiento de amparo constitucional, cuando este último haya sido declarado por cualquier otro tribunal distinto a la Sala Constitucional (cuyas decisiones sí puedan ser examinadas por un tribunal superior en la jurisdicción constitucional), éste deberá remitirle en consulta (*per saltum*), copia certificada de la decisión que declare el desacato e imponga la sanción prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, previa realización del procedimiento de amparo señalado por esta Sala en la sentencia N° 138 del 17 de marzo de 2014, para que, luego de examinada por esta máxima expresión de la jurisdicción constitucional, de ser el caso, pueda ser ejecutada. En ese sentido, tal como se desprende de ello, la referida consulta es anterior a la ejecución de la sentencia y tendrá efecto suspensivo de esta última. Así se declara.”

La Sala concluyó su sentencia, entonces, después de declarar el desacato al mandamiento de amparo que había dictado en la sentencia N° 136, en el que habrían incurrido Vicencio Scarano Spisso y Salvatore Lucchese Scaletta, y sancionarlos conforme al previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo a cumplir diez (10) meses y quince (15) días de prisión, cesándolos en el ejercicio de sus cargos, indicando que:

“en atención a la naturaleza de este pronunciamiento, esta Sala ordena la publicación íntegra del presente fallo en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, y en la *Gaceta Judicial*, en cuyos sumarios deberá indicarse lo siguiente:

“*Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que establece, con carácter vinculante, el carácter jurisdiccional constitucional de la norma establecida en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y establece el procedimiento que deben seguir los Tribunales de la República para aplicarla*”.

IV. LA NUEVA “INTERPRETACIÓN VINCULANTE” DE 2019 EMITIDA [POR LA SALA CONSTITUCIONAL. MODIFICATORIA DE LA ANTERIOR, PARA ASEGURAR QUE LA SALA CONSTITUCIONAL

Con base en la “interpretación vinculante” de 2014, antes indicada, tribunales competentes en materia de amparo todas las jurisdicciones, comenzaron a enjuiciar a quienes desacataron sus sentencias de amparo y a imponerles las penas de prisión previstas en la Ley Orgánica de Amparo, buscando privarlos de libertad tal y como lo había autorizado la Sala, enviándole a la misma los expedientes en consulta, “saltándose” los respectivos tribunales superiores (*per saltum*), antes de ejecutar las sentencias.

Entre las sentencias recibidas por la Sala, estuvo la dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, de fecha 18 de septiembre de 2015 (expediente N° 24.972), mediante la cual dicho tribunal impuso a la ciudadana Jacquelin Rodríguez Adam, “*la sanción prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo Constitucional (sic), en su término medio de diez (10) meses y quince (15) días, por haber quedado plenamente demostrado en autos el desacato de la sentencia dictada (...) el 13 de enero de 2015.*”

La Sala Constitucional se declaró competente para conocer en consulta sobre lo decidido por el tribunal de instancia, y dictó la sentencia N° 145 de 18 de junio de 2019 (Caso: Joe Taouk, Jajaa),⁹ destacando en general, que “por notoriedad judicial” había venido:

“detectando graves errores, excesos y desatinos por parte de algunos órganos jurisdiccionales, al momento de tener que decidir sobre las denuncias de incumplimiento o desacato de los mandamientos de amparo que han dictado, asunto *in extremis* delicado, debido a que de ello depende la imposición de una sanción privativa del derecho constitucional a la libertad del justiciable, como lo es la prisión de seis (6) a quince (15) meses, a que se refiere el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.”

Con base en esos excesos, la Sala Constitucional estimó necesario variar el “criterio jurisprudencial sentado en la antes mencionada sentencia N° 245 de 9 de abril de 2014 (caso: Salas & Agentes Aduaneros Asociados, C.A. y otros contra Vicencio Scarano Spisso), en lo que atañe al procedimiento para dilucidar las denuncias de desacato a mandamientos de amparo; y “tomado en consideración la importancia del desacato y su influencia respecto del cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales dictadas en materia de amparo constitucional, así como el carácter dinámico de la jurisprudencia,” con el “objeto de evitar el uso indebido de la aludida institución,” procedió a cambiar su “interpretación vinculante” con el objeto de:

“impedir que la institución del desacato pueda ser empleada como mecanismo de presión, amenaza, coacción o apremio, bien sea, por parte de los justiciables, o de los propios operadores de justicia.”

Y en esta forma, “a partir de la publicación” de la sentencia N° 145 de 18 de junio de 2019 en la Gaceta Oficial, la Sala Constitucional estableció “con carácter vinculante:”

“Que las denuncias de incumplimiento o desacato de mandamientos de amparo constitucional dictados por cualquier tribunal de la República han de ser sometidas al *conocimiento previo* de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.”

Es decir, que la consulta obligatoria de las sentencias de jueces de instancia sobre desacato de sentencias de amparo a partir de abril de 2019 no solo debe realizarse luego de dictarse sentencia, pero antes de su ejecución, sino también, obligatoriamente, antes de dictarse la sentencia. Así, estableció la Sala:

“ante la manifestación de incumplimiento o desacato del mandamiento de amparo constitucional, el tribunal que esté conociendo de la causa deberá, de manera inmediata, remitir a esta Sala Constitucional el expediente contentivo de la acción de amparo ejercida, junto con la denuncia de incumplimiento o desacato que se haya realizado, debiendo esta Sala -en un lapso perentorio de sesenta (60) días continuos- dictaminar sobre la viabilidad del mismo, para lo cual deberá emitir una decisión muy sucinta en términos de verosimilitud y no de plena certeza, a modo de controlar, *prima facie*, su fundabilidad.

En caso de que la decisión de la Sala sea favorable o proclive a que se le dé cause o trámite a la denuncia, devolverá el expediente al tribunal de la causa, ante el cual se instruirá el procedimiento correspondiente, de acuerdo con los parámetros establecidos en la citada sentencia N° 245, del 9 de abril de 2014, lo que implica la consulta *per saltum* de la decisión que declare el desacato e imponga la sanción prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, caso contrario, se declarará concluido el procedimiento con la consecuente orden de cierre del expediente y envío del mismo al tribunal de la causa.”

⁹ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 158-159, enero-junio 2019, Editorial Jurídica Venezolana, 2019, pp. 332 y ss.

Por supuesto, la “interpretación vinculante” solo se dirigió a los casos de decisiones de los tribunales de instancia en la materia, y no a los casos en los cuales sea la propia Sala Constitucional la competente para dilucidar la denuncia de incumplimiento o desacato del mandamiento de amparo, en cuyo caso debe aplicarse, “sin más, el procedimiento establecido en la mencionada sentencia N° 245, del 9 de abril de 2014.”

Con base en todo ello, la Sala Concluyó su sentencia no solo declarando su competencia para “en consulta *“per saltum”* la sentencia que fue sometida a su conocimiento, revocándola y declarando sin lugar el desacato en el caso concreto, sino ordenando que el fallo fuese publicado en la Gaceta Oficial y en la Gaceta Judicial, con la indicación, en los “sumarios” de lo siguiente:

*“Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que **modifica** el criterio jurisprudencial sentado en sentencia N° 245, del 9 de abril de 2014, caso: Salas & Agentes Aduaneros Asociados, C.A. y otros contra Vicencio Scarano Spisso, y **establece** con carácter vinculante, que las denuncias de incumplimiento o desacato de mandamientos de amparo constitucional dictados por cualquier tribunal de la República, han de ser del conocimiento previo de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a la que deberá ser remitido inmediatamente el original del expediente para que dentro de un lapso perentorio de sesenta (60) días continuos, juzgue respecto de su viabilidad, mediante decisión sucinta, en términos de verosimilitud y no de plena certeza, a modo de controlar, prima facie, su fundabilidad.”*

CRÓNICAS Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

CUANDO EL GARANTE DE LA CONSTITUCIÓN SE CONVIERTE EN SU MAYOR ENEMIGO* WHEN THE GUARANTOR OF THE CONSTITUTION BECOMES ITS GREATEST ENEMY

Francisco Javier Díaz Revorio
Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: *Este estudio tiene por objeto comentar el libro del profesor Allan R. Brewer-Carías, sobre “La dictadura judicial y la perversión del Estado de Derecho. El juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela,” editada en Madrid, en 2017, analizando la función de los Jueces Constitucionales como garantes de la Constitución y los problemas que derivan cuando se convierten en agentes para la justificación de su violación.*

Palabras Clave: *Jueces constitucionales. Constitución. Garantía.*

Abstract: *The purpose of this study is to comment the book of Professor Allan R. Brewer-Carías, on “The Judicial Dictatorship and the Perversion of the Rule of Law. The constitutional judge and the destruction of democracy in Venezuela,” published in Madrid, in 2017, analyzing the role of Constitutional Judges as guarantors of the Constitution and the problems that arise when they become agents for the justification of its violation.*

Key words: *Constitutional Judges; Constitution. Guaranty.*

I. LA ESENCIA DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

El principio de separación de poderes es uno de los pilares fundamentales de cualquier Estado de derecho. Sin embargo, este principio ha sido a veces objeto de críticas y cuestionamientos, y además ha ido evolucionando para adaptarse al propio desarrollo del Estado. Sin pretender llevar a cabo un análisis exhaustivo o global, hay que apuntar que entre esas críticas destacan las que afirman que el poder no es en sí mismo divisible, ya que en un Estado democrático pertenece al pueblo soberano, y consideran que el principio de la división de poderes podría precisamente usurpar al pueblo su soberanía, que es indivisible, y por eso defienden una mera separación de funciones dentro de un principio de unidad del poder. Ni que decir tiene que estas posturas suponen un enorme riesgo para el Estado de derecho y la propia democracia, y cuando se han intentado implantar en un sistema determinado, han conducido siempre a la concentración de poderes que, como el propio Montesquieu apreció, es la mayor amenaza para la libertad (Montesquieu, 1984: I, 143).

* Comentario a la monografía de Brewer-Carías, A. R. *La dictadura judicial y la perversión del Estado de Derecho. El juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Madrid, Iustel-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2017, 607 pp.

Quizá por ello, a pesar de críticas y ensayos alternativos, el principio de separación de poderes permanece en la actualidad, aunque como he dicho ha sufrido diversas adaptaciones. Para empezar, no siempre se puede hablar de una «tripartición» de poderes, pues parece que en algunos sistemas otros se han sumado a los tres que describió Montesquieu. En especial, al menos en el modelo europeo, la existencia de una justicia constitucional a veces separada del poder judicial permite hablar de un nuevo poder. Ya Kelsen (2017: 73) tuvo que afrontar las críticas que ponían de relieve que su Tribunal Constitucional podría suponer una amenaza al principio de separación de poderes, si bien se defendió de ellas tratando de demostrar que, antes al contrario, este Tribunal venía más bien a afianzar este principio. Por lo demás, doctrinalmente se han señalado a veces otros posibles poderes existentes en los diversos sistemas constitucionales (por ejemplo, en España se habla en ocasiones, además de los poderes clásicos, del poder moderador, que sería la Corona, y de la propia justicia constitucional, entre otros posibles). Y en algunas constituciones, como la de Venezuela, se establece expresamente una enumeración de poderes que supera los tres poderes clásicos (en el caso del art. 136 de la Constitución de Venezuela se añaden los poderes ciudadano y electoral).

En estas situaciones, cabe plantearse si el principio de separación de poderes, que parece permitir en la actualidad diseños más amplios y variados que en su origen posee algún pilar esencial, sin el cual carecería de sentido. En mi opinión, esa idea es la existencia, al menos, de los tres poderes clásicos, a los cuales pueden añadirse otros –aunque no es imprescindible– cuando lo justifique la naturaleza de sus funciones y la conveniencia de separarlas de las de los otros poderes. Pero teniendo en cuenta que en las relaciones entre legislativo y ejecutivo nos encontramos, a su vez, diversos modelos (en especial, presidencialistas, parlamentarios y mixtos), algunos de los cuales se rigen por una clara colaboración y por la existencia de funciones compartidas entre legislativo y ejecutivo, podríamos señalar que la más profunda esencia de la separación de poderes es la nítida separación entre el poder judicial y todos los demás poderes. Y, como es fácil comprender, el presupuesto inexcusable de esta separación es la independencia judicial. Se aprecia así que la independencia judicial es el pilar más sólido y necesario de todo el principio de separación de poderes, que es a su vez la base del Estado de derecho. Sin separación de poderes no es posible garantizar los otros dos pilares del Estado constitucional, como son los derechos fundamentales y la democracia, dado que, como he apuntado, no puede haber libertad si hay concentración del poder, y tampoco puede haber democracia si no hay una garantía de los propios procesos democráticos por parte de una justicia independiente. Con lo que podemos llegar a afirmar que la independencia judicial es la primera base estructural del Estado constitucional.

Desde luego, esa necesidad de independencia es igualmente trasladable a la justicia constitucional, tanto si esta radica íntegramente en el propio poder judicial como si lo hace en parte en órganos separados de los tres poderes, como pueden ser algunos tribunales constitucionales. Como es evidente, dada la especial función de la justicia constitucional, si esta no es independiente pelagra directamente el entero edificio constitucional, hasta el punto de que podría afirmarse que si no hay justicia constitucional, no puede hablarse en puridad de una Constitución normativa.

II. *QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?* ALGUNAS FÓRMULAS DE CONTROL... Y QUÉ SUCEDE CUANDO SE BLOQUEAN

Lo anterior nos conduce a una de las clásicas cuestiones que se han planteado respecto a la justicia constitucional, como es la del control de la legitimidad de sus actuaciones. Se trata de establecer algún límite a sus posibles excesos, precisamente para preservar el modelo constitucional y proteger, en su caso, a los demás poderes y a los ciudadanos. Hay que admitir que, por el propio diseño del sistema y por la importancia de la Constitución y de quien ha

de garantizarla, hay una significativa parte de verdad en aquella archiconocida frase del juez Jackson: «We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final».

Con todo, es verdad que la justicia constitucional no está, hoy día, totalmente exenta de control, y aunque sus decisiones se imponen a todos los demás poderes, no cabe decir que estos carezcan de toda capacidad de supervisión y actuación sobre los órganos encargados de establecer esa justicia constitucional. En primer lugar, el nombramiento de los jueces de los tribunales constitucionales o supremos suele depender, con mayor o menor intensidad en cada sistema, de los otros poderes del Estado. Por lo demás, el legislador dispone de la posibilidad de modificar la regulación legal de la justicia constitucional, alterando por ejemplo la organización, funcionamiento o competencias de esta, dentro de lo permitido por la Constitución; e incluso el poder de revisión constitucional puede alterar de forma mucho más intensa ese funcionamiento, llegando incluso hasta la supresión de un órgano jurisdiccional específico como un tribunal o sala constitucional, allí donde este exista. Por lo demás, y sobre todo en materia de tutela de los derechos fundamentales, la existencia de jurisdicciones internacionales cuyas decisiones son vinculantes para los Estados que las han reconocido, y pueden corregir e imponerse a las decisiones de la justicia constitucional estatal, suponen una importante limitación a la discrecionalidad de la justicia constitucional y un contrapeso importante.

El problema grave se produce, desde luego, cuando el órgano encargado de forma principal o exclusiva de la justicia constitucional se excede o extralimita, o directamente deja de cumplir su función de garante de la Constitución, o incluso actúa en contra de la propia norma fundamental.

Probablemente no quedará más remedio que acudir a las vías de control que acabo de apuntar, pero en algunas ocasiones estas no existen, o no pueden funcionar porque ya han sido bloqueadas. Por ejemplo, un Estado puede abandonar los sistemas internacionales de control. Y la propia justicia constitucional puede intentar utilizar diversos subterfugios para hacer imposible el control que otros poderes pueden ejercer sobre ella. Incluso cabe imaginar que, en esta lucha contra alguno de los poderes, la justicia constitucional cuente con los otros poderes como aliados, o incluso actúa directamente al servicio de alguno de ellos. Si el poder a quien la justicia constitucional trata de bloquear o maniatar es el legislador, y el aliado de la justicia constitucional es el ejecutivo (o más bien, a la inversa, la justicia constitucional decide actuar en apoyo del propósito del ejecutivo de dismantelar al legislador), la situación puede volverse muy grave, amenazando a la separación de poderes y a la misma democracia, y en definitiva a la Constitución que pretende garantizar estos principios.

Esto es exactamente lo que ha sucedido en Venezuela en los últimos años.

III. LO GENERAL Y LO PARTICULAR: EL PROCESO DE DESMANTELAMIENTO DEL LEGISLADOR A MANOS DE UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL AL SERVICIO DEL EJECUTIVO EN VENEZUELA

Aunque probablemente la ruptura del régimen venezolano con los principios del Estado de derecho tiene un origen anterior, es a partir de las elecciones legislativas de 6 de diciembre de 2015, en las que la oposición obtuvo mayoría cualificada en la Asamblea, cuando la tensión entre los poderes ha sido más intensa, iniciándose un proceso de bloqueo del poder legislativo por parte de una justicia constitucional que ha actuado en todo momento al servicio del poder ejecutivo.

Este es precisamente el objeto de análisis del libro que aquí se comenta. Tras una introducción, el estudio comienza en las elecciones de diciembre de 2015, para seguir todo el proceso comentado a lo largo de 2016, cerrándose (en la edición española) en el inicio del

año 2017 (la introducción está fechada a el 31 de enero de 2017). Desde luego, ello quiere decir que la parte posterior del proceso de bloqueo a la Asamblea no queda recogida en este trabajo, pero el período analizado es una muestra más que suficiente para entender y valorar lo que ha sucedido en Venezuela, aunque por desgracia (y como en cierto modo cabría esperar) los ataques posteriores a la posición del legislador han sido igual o más intensos que los descritos en este trabajo.

En todo caso, el libro mantiene total interés y actualidad, en un doble sentido. En primer lugar, desde luego, para entender muy claramente qué es lo que ha sucedido en Venezuela en los meses posteriores a las elecciones legislativas de diciembre de 2015, en las que el abrumador triunfo de la oposición parecía abrir paso para una transición pacífica, dentro de las propias vías constitucionales, hacia un régimen respetuoso con los principios de la separación de poderes, con la democracia y con las libertades de los ciudadanos. Sin embargo, y como es sobradamente conocido, dos años después de ese momento, esa vía parece cada vez más lejana, precisamente por los pasos decididos que se han dado para impedir toda posible actuación del legislador, así como cualquier intento ciudadano de sustituir por las vías constitucionales a quienes han utilizado el poder para derribar el Estado de derecho.

En segundo lugar, el trabajo de Brewer-Carías contribuye a una reflexión teórica mucho más profunda y de alcance mucho más general sobre el significado del Estado de derecho y la separación de poderes, y sobre los riesgos de perversión de este modelo, que se antojan insalvables cuando el poder judicial pierde por completo su independencia, y cuando la justicia constitucional se pervierte hasta el punto de llegar a ser, en lugar de la más importante garantía de la Constitución, la mayor amenaza para esta. En palabras del propio Brewer-Carías (2017a: 42-43):

Es inconcebible por tanto, en este esquema, que un Juez Constitucional pueda llegar a ser el instrumento para lo contrario de aquello para lo cual fue concebido, y que llegue a configurarse, arrojándose todo el poder del Estado, como el instrumento para garantizar la violación impune de la Constitución por los otros órganos del Estado, para asegurar la destrucción del Estado de derecho o el desmantelamiento de la democracia, o incluso para convertirse en el instrumento para implementar y sostener un régimen autoritario.

En todo caso, desde el título del libro hasta muchos aspectos de este ponen sobre la mesa este enfoque general y amplio. Ya la introducción dedica varias páginas a analizar los orígenes de la justicia constitucional, con citas que van desde *Marbury vs. Madison* a la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 1811, y el autor vuelve en reiteradas ocasiones a esas reflexiones de alcance general, que en todo caso van a surgir en cada página en cualquier lector, al hilo de las descripciones mucho más específicas que se realizan. Y es que este trabajo supone, sin duda, un reto para el lector interesado en los problemas constitucionales: cómo evitar que un Estado de derecho llegue a pervertirse de esa manera, y cómo salir, si una situación de este tipo se produce, retornando a los principios democráticos sin romper con el propio derecho. Más adelante volveré brevemente a esta cuestión.

Por su parte, la vertiente más específica del libro, es decir, el análisis de los acontecimientos sucedidos en Venezuela desde diciembre de 2015 a enero de 2017, tendentes a impedir la actuación del legislador, ocupan la mayor parte del trabajo, dividido en doce capítulos o bloques que van desgranando las principales actuaciones que tuvieron lugar en ese período. No es posible, ni tiene sentido en este comentario, hacer una glosa o un resumen de cada una de las innumerables sentencias y decisiones, emitidas principalmente por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Venezuela en el período referido, y que fueron conduciendo al bloqueo de la Asamblea. Brewer-Carías dedica amplias páginas a esta labor, y el mejor resumen lo hace también el propio autor (Brewer-Carías, 2017a: 54):

El balance de las actuaciones y decisiones adoptadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia durante todo el año 2016, fue en definitiva, que absolutamente todas las leyes y actos parlamentarios sancionados y adoptados por la Asamblea Nacional fueron declarados nulos, concluyendo el proceso a principios de 2017, al disponer la misma Sala Constitucional, la cesación definitiva, de hecho, de la Asamblea Nacional, mediante sentencia núm. 2, de 11 de enero de 2017.

A partir de ahí, el libro describe detalladamente y valora los sucesivos pasos dados por los restantes poderes, y en especial por la justicia constitucional, para bloquear a la Asamblea, y que comenzaron inmediatamente después de las elecciones de 6 de diciembre de 2015, ya que la anterior Asamblea prolongó su legislatura a través de sesiones extraordinarias, adoptando decisiones trascendentales hasta el momento inmediatamente anterior a la instalación de la nueva, con el previo aval de la Sala Constitucional¹: entre otras, el nombramiento de cargos de diversos órganos, incluyendo la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo. Inmediatamente después, fue la Sala Electoral del Tribunal Supremo la que suspendió la proclamación de todos los diputados electos del estado de Amazonas², tratando de menoscabar la constitución de la nueva Asamblea, en una decisión que, si bien inicialmente no alteraba la mayoría cualificada de la oposición, tendría otra serie de consecuencias relevantes, ya que el juramento de los diputados electos de Amazonas provocaría la declaración de desacato a la anterior sentencia³, y estaría en la base de posteriores decisiones tendentes a impedir o anular las actuaciones de la Asamblea. Y ello porque si bien inicialmente la Asamblea aceptó la decisión de suspender la juramentación de esos diputados, meses después se procedió a una nueva juramentación, que conllevó una nueva paralización judicial de la Asamblea⁴.

Se iniciaba así, desde el mismo momento de la elección de la nueva Asamblea, un proceso de asedio permanente, que fue conduciendo al desmantelamiento de cada una de sus funciones: el control de los decretos del estado de excepción del Ejecutivo⁵; la posibilidad de aprobar un voto de censura contra los ministros, prohibida por decreto del propio presidente de la República (Brewer-Carías 2017 a:215 y ss.); la posibilidad de ejercer control político (entre otros aspectos, respecto a la cuestión de la nacionalidad del presidente de la República)⁶, o la posibilidad de revocar sus propios actos cuando sean inconstitucionales⁷. Pero es que la Asamblea se ha visto privada también de su función más elemental y definitiva, como es la función legislativa, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de todas las leyes en el período considerado (Brewer-Carías, 2017a: 269), y llegando la Sala incluso a dar por bueno el argumento del presidente de la República de que «el móvil político no puede ser *per se* un motivo para dictar una ley»⁸. Por si fuera poco, la propia Sala Constitucional ha procedido a

¹ Sentencia de la Sala Constitucional núm. 1758, de 22 de diciembre de 2015. Véase Brewer-Carías (2017a: 87 y ss.).

² Sentencia de la Sala Electoral núm. 260, de 30 de diciembre de 2015. Brewer-Carías (2017a: 113 y ss.).

³ Sentencia de la Sala Electoral núm. 1, de 11 de enero de 2016. Brewer-Carías (2017a:148 y ss.).

⁴ Sentencia de la Sala Electoral núm. 108, de 1 de agosto de 2016. Brewer-Carías (2017a:171 y ss.).

⁵ Sentencia de la Sala Constitucional núm. 7, de 11 de febrero de 2016. Brewer-Carías (2017a:179 y ss.).

⁶ Sentencia de la Sala Constitucional núm. 907, de 28 de octubre de 2016. Brewer-Carías (2017a: 230 y ss.).

⁷ Sentencia de la Sala Constitucional núm. 9, de 1 de marzo de 2016. Brewer-Carías (2017a:245 y ss.).

⁸ Cita de la solicitud presentada por el presidente de la República frente a la Ley de Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela de 3 de marzo de 2016, presentada el 17 de marzo de 2016, y que dio lugar a la sentencia de la Sala Constitucional núm. 259, de 31 de marzo de 2016. Brewer-Carías (2017a: 278-279).

regular los aspectos relativos al régimen interior y debates de la Asamblea Nacional, y también a exigir la previa aprobación de cualquier proyecto de ley que pretenda discutir la Asamblea por parte del poder ejecutivo⁹. Incluso ha privado a la Cámara de la posibilidad de hacer manifestaciones políticas, no solo suspendiendo determinados acuerdos como medida cautelar, sino prohibiendo manifestaciones de este tipo en el futuro¹⁰. Y, desde luego, de esta privación no se libra la fundamental función presupuestaria de la Asamblea, ya que la Sala Constitucional se la ha usurpado directamente a la Cámara, para asumirla ella misma¹¹.

Más allá de estos ataques directos a la Asamblea, el libro comentado también destaca la práctica privación que la Sala Electoral hizo del derecho de la ciudadanía a la presentación de una revocación del presidente, al interpretar, sin fundamento jurídico, que el 20% de las firmas necesarias para la convocatoria del referendo revocatorio habría de obtenerse no solo a nivel global, sino también en cada Estado y en el Distrito Capital¹².

A todo lo anterior hay que añadir que la Sala Constitucional, en varias de las sentencias analizadas, ha realizado proclamaciones hacia el futuro, que venían a anticipar la nulidad de cualquier acto o decisión que pudiera adoptar¹³.

La obra de Brewer-Carías destaca, además, las graves carencias procedimentales que han acompañado a parte de las sentencias analizadas, algunas de las cuales han prescindido totalmente del procedimiento, privando a las partes de cualquier posibilidad de defensa.

En fin, se trata de la crónica de algo más de un año de atropellos del poder judicial al legislativo, hasta el punto de privarle en la práctica de toda funcionalidad. Como es sabido, la situación no parece haber mejorado en el resto del año 2017, en el que la propia Sala Constitucional llegó a la práctica supresión del Parlamento¹⁴ si bien poco después rectificó esa decisión¹⁵. Por lo demás, los magistrados del Tribunal Supremo elegidos por la Asamblea Nacional y no reconocidos en Venezuela juraron sus cargos en la sede de la OEA y se vinie-

⁹ Así lo decidió la sentencia de la Sala Constitucional núm. 269, de 21 de abril de 2016, de la que Brewer-Carías considera que «en definitiva puso fin al Poder Legislativo en el país», (Brewer-Carías, 2017a: 363 y ss.).

¹⁰ Sentencia de la Sala Constitucional núm. 478, de 14 de mayo de 2016, Brewer-Carías (2017a: 427 y ss.).

¹¹ Sentencia de la Sala Constitucional núm. 814, de 11 de octubre de 2016. Brewer-Carías (2017a: 435 y ss.).

¹² Sentencia de la Sala Electoral de 17 de octubre de 2016. Esta sentencia vino acompañada de varias decisiones de tribunales de suspender el propio proceso de recolección de firmas. Brewer-Carías (2017a: 461 y ss.).

¹³ Por ejemplo, la sentencia de la Sala Constitucional núm. 808, de 2 de septiembre de 2016, declaró a los diputados de la Asamblea Nacional en desacato, decidiendo que «mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia», «todos los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas» son y «resultan manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulas y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica» (Brewer-Carías, 2017a: 436). Por su parte, la sentencia de la Sala Constitucional núm. 2, de 11 de enero de 2017, que anuló el mismo acto de instalación de la Asamblea para su segundo período anual, afirmaba: «Cualquier actuación de la Asamblea Nacional y de cualquier órgano o individuo en contra de lo aquí decidido será nula y carente de toda validez y eficacia jurídica, sin menoscabo de la responsabilidad a que hubiere lugar» (Brewer-Carías, 2017a:483).

¹⁴ Se trata de las sentencias de 27 y 29 de marzo de 2017. Sobre sus eventuales consecuencias, véase BBC (2017a).

¹⁵ Sentencia de 1 de abril de 2017. Sobre los aspectos que fueron rectificadas, véase Sputnik (2017).

ron a constituir como «Tribunal Supremo en el exilio»¹⁶, y aunque es evidente que no pueden adoptar decisiones vinculantes, han llevado a cabo diversos pronunciamientos o manifestaciones¹⁷. Y, como es sobradamente conocido, se ha establecido una nueva Asamblea Constituyente, cuya legitimidad es muy discutida internacionalmente¹⁸.

IV. EL ANÁLISIS DE BREWER-CARÍAS

El autor del trabajo comentado, como es plenamente conocido en ámbitos jurídicos, es uno de los más prestigiosos estudiosos del derecho público de Venezuela y de toda Iberoamérica, internacionalmente reconocido. Formó parte de la Asamblea Constituyente de 1999 en su país, como miembro de la oposición, y poco después tuvo que exiliarse a Estados Unidos, donde ha impartido clases en Nueva York. Como destaca Santiago Muñoz Machado (2017: 9), «es un patriota», que como es obvio no ha dejado de preocuparse por la realidad y la situación de Venezuela. Así lo refleja su obra publicada, que antes y después del libro ahora examinado ha incluido, junto a trabajos de alcance más general o comparado, obras específicas sobre la delicada situación que vive Venezuela desde hace algunos años¹⁹.

Como puede suponerse, y como se deduce de la propia descripción de los hechos analizados en el libro, la valoración de Brewer-Carías es muy crítica. En realidad, ante una ruptura tan burda de los más elementales principios del Estado de derecho y la Constitución, cualquier jurista mínimamente independiente y comprometido con tales principios se mostrará crítico. El autor de esta obra lo hace, con claridad y con total rotundidad, pero manteniendo siempre un tono y unos términos acordes con un análisis jurídico-político, cuyos parámetros son la propia Constitución y sus principios esenciales. Por ejemplo, afirma: «En Venezuela ha venido ocurriendo un proceso de perversión del Estado de derecho, ejecutado básicamente por el Juez Constitucional, configurándose una dictadura judicial como nunca se había visto en el derecho constitucional comparado» (Brewer-Carías, 2017a: 76).

Aunque algunas valoraciones puedan parecer *prima facie* radicales, exageradas o infrecuentes en los textos académicos, hay que tener en cuenta que la propia descripción de las circunstancias es tan concluyente que el lector, incluso quien haya tratado de seguir los acontecimientos ocurridos en Venezuela en los últimos meses, no sale de su asombro cuando conoce en detalle las prácticas que se han llevado a cabo, con absoluta inaplicación de los principios jurídicos más básicos. En este contexto, la mayoría de las valoraciones vienen a resultar adecuadas a la situación descrita. Así, cuando el autor describe cómo la Sala Constitucional procedió a declarar nulo un acto parlamentario impugnado sin ningún tipo de proceso, no resulta extraño que considere que la Sala actuó «sin ni siquiera molestarse en citar y oír a la autoridad autora del acto impugnado para conocer sus alegatos, violando así la garantía constitucional del debido proceso [...]. Algo realmente nunca visto en la historia de la justicia, y en particular, de la Justicia Constitucional en el mundo» (Brewer-Carías, 2017a: 257-258).

En este contexto se entienden afirmaciones como la de que «en Venezuela tenemos un Juez Constitucional que en lugar de ser el guardián de la Constitución, y que como talla ga-

¹⁶ Véase, por ejemplo, Gabiña (2017) o Gómez Maseri (2017).

¹⁷ Por ejemplo, ha reclamado una «intervención humanitaria» (EFE, 2017); también ha exigido a Maduro exhibir su acta de nacimiento venezolana (Avendaño, 2018).

¹⁸ Al respecto, por ejemplo, BBC (2017b) o El Mundo (2017). El propio Brewer-Carías ha analizado este nuevo proceso en un reciente libro (Brewer-Carías, 2017b).

¹⁹ Puede verse la referencia de sus publicaciones en www.allanbrewercarias.com.

rantiza, es el que la viola abierta e impunemente, ejerciendo lo que podría calificarse como una “injusticia” inconstitucional, que está fuera de todo control» (Brewer-Carías, 2017a: 257-258), o incluso la calificación de «régimen político totalitario» para la actuación de la Sala Constitucional (Brewer-Carías, 2017 a: 547), o la referencia a la transformación de lo que debió ser un Estado social en un Estado populista» (Brewer-Carías, 2017a: 589).

En todo caso, como vengo indicando, el trabajo mantiene en todo momento el rigor propio de toda obra académica. Brewer-Carías fundamenta y justifica sus valoraciones (aunque en algunos casos la mera descripción de las circunstancias fácticas pone de relieve, para cualquier jurista, que se ha producido una abrupta ruptura con los principios elementales del Estado de derecho); y utiliza además abundantes fuentes, entre las cuales hay no pocas referencias a publicaciones del propio autor (que se justifican en el caso por haber sido uno de los principales estudiosos del sistema jurídico-político de su país), pero también obras de otros autores, y documentos de relevancia, como informes del secretario general de la OEA, o manifiestos escritos por profesores de Derecho Público del país.

Hay por tanto, sin duda, un trabajo riguroso y profundo de documentación, y también de fundamentación argumental, que hacen que la obra resulte creíble y convincente.

V. ¿HAY SALIDA?

Desde luego, en una obra de estas características cobran especial importancia las conclusiones, en forma de aportaciones o vías para resolver el grave problema que el autor ha analizado de forma rigurosa y magistral. Pero, siendo justos y honestos, tampoco cabe exigir al autor que ofrezca a este problema una solución que nadie en realidad conoce, y que algunos han venido buscando de forma infructuosa. Por lo demás, tampoco parece ser este el propósito principal del trabajo, cuyo sentido principal parece ser la denuncia de unos hechos inaceptables ante la comunidad jurídica internacional. En todo caso, la desazón que produce la lectura del trabajo (por el conocimiento minucioso que ofrece del grave quebrantamiento constitucional que se viene produciendo en Venezuela por parte de algunas de sus instituciones constitucionales, y en especial de la que tiene como función esencial la garantía de la propia norma suprema) parece requerir alguna idea que apunte a la recuperación de la democracia y los principios del Estado de derecho. En esta línea, el autor ofrece unas reflexiones finales de gran interés, así como un último escrito adicional, que valora globalmente lo acaecido en Venezuela desde la propia aprobación de la Constitución. Y es en estas páginas (y especialmente en la llamada «reflexión final») donde el autor más claramente apunta una vía, aunque esta no deje de plantear también alguna inquietud.

Pero antes de comentar esa propuesta de Brewer-Carías, quiero destacar algo importante, y es que el autor utiliza siempre como parámetro la vigente Constitución de 1999, y en ningún momento plantea una salida que implique una ruptura con ella, sino más bien alguna vía para su restablecimiento. Este posicionamiento, que yo comparto plenamente, podría, sin embargo, llamar algo la atención. Por un lado, porque como se ha dicho, el autor fue parlamentario de la oposición en la Asamblea Nacional Constituyente, y ha mostrado diversos desacuerdos con el texto vigente. Por otro, como señala Muñoz Machado (2017: 11-12), porque Brewer-Carías viene a sostener que la ley fundamental ha sido despojada de su carácter de ley suprema y transformada en un texto bagatela», es decir, ha sido ignorada y desplazada. Con todo, me parece que uno de los grandes valores del trabajo es precisamente el mantener ese parámetro constitucional, tanto como criterio de enjuiciamiento de las actuaciones del Tribunal Supremo en el período considerado, como marco al que, a pesar de su actual abandono, hay que volver.

En mi opinión, la propia Constitución tendrá no pocos aspectos susceptibles de mejora y perfeccionamiento, y tal vez alguna de sus regulaciones haya dejado a veces una indeseable puerta abierta a algunos abusos del poder (cabe pensar por ejemplo en la amplitud con la que se regula la legislación que puede proceder del poder ejecutivo), pero en modo alguno es la causa de la perversión del sistema, sino más bien un límite a dicha perversión, que por desgracia demasiadas veces ha sido sobrepasado. Por ello creo que lo prioritario es, precisamente, que todos los poderes retornen al parámetro constitucional, aunque más adelante algunas reformas puedan resultar aconsejables. La historia muestra, por cierto, no pocos ejemplos de textos constitucionales que se hicieron a la medida de una situación determinada o incluso de una persona (cabe pensar, por ejemplo, en la Constitución francesa de 1958 y el general De Gaulle) pero que mucho tiempo después, con las reformas que procedan, pueden seguir regulando adecuadamente la realidad social y política de un país. Y es que, cuando hay voluntad y las circunstancias son propicias, se podría decir que las constituciones son más sabias que quienes las hicieron.

Sin embargo, aun dentro del respeto a la Constitución, en la propuesta final de Brewer-Carías hay un punto de ruptura con la legalidad, o mejor dicho con la aplicación que de la legalidad constitucional viene haciendo quien es constitucional y legalmente el máximo intérprete de la norma suprema. Y es que el autor propone abiertamente que la Asamblea Nacional desconozca e ignore las decisiones de la Sala Constitucional, convirtiéndose la propia Asamblea en la máxima garante de la Constitución, y justifica los casos en los que ya lo ha hecho. El autor indica explícitamente que da Sala, como Juez Constitucional, por sobre todo está sometida a la Constitución, y si bien no hay órgano alguno que pueda controlar las inconstitucionalidades que cometa, ello no implica que los otros órganos del Poder Público, conforme a su naturaleza y atribuciones, no tengan la potestad de imponer sus propias decisiones sobre la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, y de rechazar formalmente las que ésta dicte, y estimen son inconstitucionales²⁰.

Desde luego, analizada la situación, parece claro que han sido el Ejecutivo y el Poder Judicial quienes han pervertido los principios del Estado de derecho, y desde esta perspectiva cabe entender la propuesta final que realiza Brewer-Carías. Puede pensarse, incluso, que más que ante un conflicto de legitimidades, estaríamos ante un conflicto entre un poder legítimo (la Asamblea) y otros, cuya propia actuación les ha ubicado fuera del marco constitucional. Pero estos otros son también, a fecha de hoy, poderes legalmente establecidos en Venezuela, y que no han sido revocados o destituidos por alguna vía legal (a pesar de la existencia de un Tribunal Supremo en el exilio). Por eso la propuesta de Brewer-Carías, aun comprensible, no deja de tener un punto inquietante, por lo que implica también de alteración del equilibrio de los poderes. Y es que, aunque todo Parlamento puede interpretar la Constitución, no puede convertirse en su intérprete supremo, y menos aún pretender imponer su interpretación frente a la del órgano que tiene constitucionalmente encomendada la última palabra en la materia.

Reconozco, por un lado, que puede que parte de la causa de esa desazón esté en la utilización en España, y a favor de un Parlamento autonómico, de argumentos similares para justificar su abierto desconocimiento de las decisiones del Tribunal Constitucional. Es evidente que no hay comparación posible, pues en nuestro caso no parece haber duda de que quien se ha saltado la Constitución es el Parlamento autonómico (quien viene a reconocerlo

²⁰ Brewer-Carías (2017a: 535). Más adelante desarrolla esta idea, y anima a la Asamblea a que exhorte al pueblo «para que también se rebele –sí, se rebele– conforme lo autoriza la Constitución, y nuevamente desconozca mediante votación popular al actual régimen político totalitario que usa la Sala Constitucional, (Brewer-Carías, 2017a: 547).

expresamente, considerando que ya no le *es aplicable*), y quien la intenta hacer respetar es el Tribunal Constitucional, mientras que en Venezuela se da exactamente el supuesto contrario. Pero en todo caso, la apreciación sobre quién vulnera la Constitución, aunque en ocasiones dichas vulneraciones puedan parecer evidentes, siempre puede tener algo de subjetivo, y quien tiene la palabra para decidirlo en caso de duda *es* la justicia constitucional. Aunque también es cierto que tan inadecuado como que el Parlamento pretenda imponer su interpretación constitucional a la justicia constitucional lo es que esta amordace por completo al Parlamento y lo bloquee hasta el punto de hacerle imposible el ejercicio de todas y cada una de sus funciones, alterando por completo el propio diseño constitucional de los poderes (algo que, desde luego, tampoco tiene parangón aquí, y probablemente en ningún otro lugar). A veces se critica a algunos tribunales constitucionales su condescendencia o exceso de deferencia con el legislador, y ello no es positivo porque su función esencial *es* controlar la constitucionalidad de la ley; pero mucho más grave es el intento de hacer desaparecer en la práctica al poder que, entre todos los de cualquier Estado, tiene una legitimidad democrática más directa y abierta. De manera que he de admitir que el conflicto parece tener muy difícil salida, y yo desde luego no veo con facilidad esa salida desde la estricta legalidad vigente y dentro del respeto a decisiones que, aunque se consideren adoptadas por el órgano que legalmente asume la función de garante de la Constitución, suponen ellas mismas un abierto quebrantamiento de la Constitución; aunque sin duda una salida dentro de la legalidad es siempre lo más deseable para evitar cruentos enfrentamientos sociales y políticos, como puso de relieve la propia experiencia de la transición española. En el caso de Venezuela, la situación es más compleja, porque no se trata de pasar de un ordenamiento jurídico autoritario a uno democrático, sino de recuperar precisamente la aplicación del ordenamiento constitucional democrático que (con las mejoras que se pudieran realizar) ya existe. Se trataría de un cambio de régimen político, dentro del mismo ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, tal vez la salida que propone el autor podría resultar, a la postre, la más favorable a la aplicación de la Constitución. Otra cosa es que sea viable y pueda realizarse legal y pacíficamente. Eso, solo el tiempo lo dirá.

En suma, estamos ante un libro imprescindible, que a pesar de su clara vinculación con hechos concretos y recientes en Venezuela, tiene una dimensión mucho más profunda y una utilidad más trascendente, en la medida en que contribuye a la búsqueda de una salida para restablecer la Constitución en ese lugar, y ofrece un importante ámbito para la reflexión jurídico-constitucional, en la medida en que ejemplifica problemas medulares de la justicia constitucional, que por desgracia van, en muchos casos, incluso más allá de cualquier supuesto antes planteado. Su lectura es muy recomendable para cualquier jurista interesado en estos problemas.

BIBLIOGRAFÍA

Avendaño, O. Tribunal Supremo en el exilio exige a Maduro exhibir acta de nacimiento venezolana. *Panampost*, 11-1-2018. Disponible en: <https://bit.ly/2Mb5tkH>.

BBC Mundo. Qué significa y qué consecuencias puede tener que el Tribunal Supremo de Venezuela asuma las funciones legislativas de la Asamblea mientras esta se mantenga “en desacato”. *BBC Mundo*, 31-3-2017. Disponible en: <https://bbc.in/2oCOADe>.

BBC Mundo. (2017 b). 6 preguntas para entender el proceso de elección de la Asamblea Constituyente en Venezuela y sus posibles consecuencias. *BBC Mundo*, 29-7-2017. Disponible en: <https://bbc.in/2hbckiQ>.

Brewer-Carías, A. R. *La dictadura judicial y la perversión del Estado de Derecho. El juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*. Iustel-Fundación Alfonso Martín Escudero. Madrid. (2017a).

_____. *La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en fraude a la voluntad popular*. Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Caracas, Nueva York (2017b).

EFE. El Tribunal Supremo de Venezuela “en el exilio” pide una “intervención humanitaria”. *EFE*, 15-11-2017. Disponible en: <https://bit.ly/2JpfSYp>.

El Mundo. La Asamblea Constituyente de Maduro toma posesión en medio del rechazo internacional. *El Mundo*, 4-8-2017. Disponible en: <https://bit.ly/2feLk1o>.

Gabiña, S. Los magistrados del Tribunal Supremo “legítimo” de Venezuela juran su cargo en la sede de la OEA. En *ABC Internacional*, 14-10-2017. Disponible en: <https://bit.ly/2JxAOQr>.

Gómez Maseri, M. TSJ ‘paralelo’ buscará anular jornada electoral del domingo. *El Tiempo*, 13-10-2017. Disponible en: <https://bit.ly/2xEAlrt>.

Kelsen, H. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”. En *Sobre la jurisdicción constitucional*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima 2017.

Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Orbis. Madrid 1984.

Muñoz Machado, S. Prólogo. En Brewer-Carías, A. R. *La dictadura judicial y la perversión del Estado de Derecho. El juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*. Iustel-Fundación Alfonso Martín Escudero. Madrid 2017.

Sputnik. ¿Qué suprimió el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela de sus sentencias? En *El País CR*, 1-4-2017. Disponible en: <https://bit.ly/2sQYpkG>.

CRÓNICA DEL FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO CON MOTIVO DE SU MAYORÍA DE EDAD

Víctor Rafael Hernández-Mendible*

*Director del Centro de Estudios de Regulación Económica
de la Universidad Monteávila (Venezuela)*

Resumen: *Esta crónica describe los antecedentes y evolución de la organización identificada como el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.*

Palabras Clave: *Derecho administrativo; Derecho Iberoamericano; objetivos; desafíos.*

Abstract: *This chronicle outlines the background and evolution of the organization identified as the Latin American Forum on Administrative law.*

Key words: *Administrative law; Latin American law; goals; challenges.*

I. INTRODUCCIÓN

El relacionamiento e interacción de los juristas iberoamericanos dedicados al Derecho Administrativo no surge repentinamente, de la noche a la mañana, sino que ha sido un proceso lento y largo que aproximadamente ronda el medio siglo.

Los primeros pasos en los años setenta del siglo XX, los dieron los fundadores del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino –IIDAL¹, que generó el memorable encuentro de 1977 en Mendoza, y al que luego le siguieron los de Bogotá y Caracas, en tiempos en que las comunicaciones se hacían por carta postal y telegramas, las conexiones aéreas eran más complejas y menos frecuentes que en la actualidad, a lo que se sumaba

* Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y profesor de la Maestría en Derecho en la Universidad del Rosario. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica; fundador del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, de la Red Internacional de Bienes Públicos y Presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía. www.hernandezmendible.com

¹ Brewer-Carías, Allan R., http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/BIBLIOVER-BIGRAFIA_ARBC_-actualizado.-31-12-2018.pdf; Vidal Perdomo, Jaime, Los nuevos cursos de Especialización en Derecho Administrativo, (AA.VV.) *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, Editorial Ibañez-Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, p. 33; Rodríguez R, Libardo, La proyección internacional de Allan R. Brewer-Carías, (Coords. Luciano Parejo Alfonso y León Enrique Cottin) *Allan R. Brewer-Carías. Proyección de su obra en Iberoamérica*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, New York, Madrid, 2020, pp. 263-264.

que el proceso editorial tecnológicamente distaba mucho de lo que es actualmente. No obstante, superando los obstáculos propios de su época se hicieron varias publicaciones².

Luego se dieron los encuentros de las Jornadas venezolano-colombianas en Bogotá y Caracas respectivamente³. Un hecho que contribuyó decididamente a su realización fue la hermandad histórica y la cercanía geográfica entre ambos países. Tales reuniones generaron como resultado las publicaciones efectuadas por la Universidad del Rosario y la Universidad Central de Venezuela, en su época.

Otro tanto ha sucedido entre los juristas de Argentina, Uruguay, Brasil y Paraguay, que incluso han constituido la Asociación de Derecho Público del Mercosur.

Por otro lado, en Venezuela, la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) instauró hacia mediados de la década del noventa, las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo que tienen como epónimo al profesor Allan R. Brewer-Carías, en la que se amplió el espectro del intercambio académico tanto fuera del continente, como de la región latinoamericana, extendiendo así las relaciones con juristas de Estados Unidos de América, Canadá, Alemania, España, Francia, Gran Bretaña e Italia. De estos encuentros se tienen las publicaciones efectuadas con motivo de las respectivas reuniones.

Todas estas actividades, no exentas de dificultades, se constituyeron en pioneras para los espacios que se han desarrollado a partir de 1999, cuando se inició una etapa de intercambio más sostenible de los cultores de la disciplina, en el prestigioso Colegios de Abogados de Costa Rica.

En aquella reunión se sembró la semilla que germinó en la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo en el año 2002, que se constituiría en el abono para el surgimiento de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo creada en 2005, en cuyo seno se gestó la iniciativa entre los profesores de América y Europa, de constituir el Instituto Internacional de Derecho Administrativo en 2016, integrado actualmente por 89 miembros de ambos continentes.

A la par de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo que vio la luz en México, ese mismo año en Bolivia tuvo lugar la creación del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Dado que los proyectos buenos convergen y convocan a los más destacados académicos del Derecho Administrativo, algunas de estas organizaciones han compartido agremiados, aunque cada una de ellas mantiene su independencia de propósitos y objetivos.

La presente crónica tiene por finalidad destacar la labor realizada por aquella organización que institucionalmente se ha mantenido de manera constante e ininterrumpida durante tres sexenios, que en este momento se permite conmemorar estos primeros 18 años de funcionamiento, así como felicitar a todos sus miembros por el trabajo realizado en ese tiempo, hacer un balance de los logros alcanzados y reflexionar sobre los retos que tiene por delante el Derecho Administrativo en Iberoamérica.

² AA.VV., *El derecho administrativo en Latinoamérica: curso internacional*, Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1978; AA.VV., *La protección jurídica de los administrados*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980; AA.VV., *El derecho administrativo en Latinoamérica II*, Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1986.

³ AA.VV., (Dir. Allan R. Brewer-Carías), *Archivos de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. VII, *Derecho Público en Venezuela y Colombia*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986.

II. LOS ORÍGENES

El Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) es una organización de juristas de los países de América, que tienen como unos de los idiomas oficiales el castellano y el otro el portugués, así como de los países de la península ibérica.

Su fundación se produjo el día 1º de marzo de 2002, lo que supuso que el 1º de marzo de 2020, se cumplieron 18 años de aquel acontecimiento y que esta asociación académica luego de todos estos años ha alcanzado su mayoría de edad.

III. EL PROPÓSITO

El Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo fue fundado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, como la finalidad de convocar a los juristas iberoamericanos especializados en Derecho Administrativo, para intercambiar los conocimientos y las experiencias nacionales en el estudio, interpretación, desarrollo y aplicación de esta disciplina, así como de formular propuestas, recomendaciones y mejoras de los ordenamientos jurídicos nacionales, en la búsqueda del perfeccionamiento del Estado de Derecho.

IV. LOS OBJETIVOS

Las reuniones de profesores iberoamericanos de Derecho Administrativo tienen como objetivos fundamentales:

1. Convocar y reunir a los especialistas en Derecho Administrativo, de los países iberoamericanos.
2. Promover el intercambio y el debate plural y democrático de ideas y conocimientos teóricos y empíricos, de los asistentes a las reuniones.
3. Investigar, desarrollar, innovar y divulgar el estudio del Derecho Administrativo, a fin de proponer e incluso contribuir a implementar reformas que permitan mejorar los ordenamientos jurídicos nacionales, de los países representados en la organización.
4. Elaborar iniciativas orientadas a la perfectibilidad del Estado de Derecho, a alcanzar el bien común, así como al reconocimiento, protección y garantía de la efectividad de los derechos humanos y de la dignidad de la persona humana.
5. Fomentar el estudio del Derecho Administrativo nacional y comparado.

V. LAS AUTORIDADES

Las autoridades fundadoras del FIDA fueron Mariano R. Brito Checchi de Uruguay, quien fue el presidente fundador, Romeo Bacellar Filho de Brasil y Rolando Pantoja Bauzá de Chile, que fueron designados vicepresidentes, Julio Rodolfo Comadira de Argentina, quien fue el primer secretario ejecutivo y fueron designados vocales, Luis Enrique Chase Plate de Paraguay, Carlos E. Delpiazco Rodríguez de Uruguay, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz de España, Consuelo Sarria Olcos de Colombia, José Mario Serrate Paz de Bolivia y Javier Sheffer de Panamá.

Al momento de conmemorarse los 18 años de su fundación, el FIDA se encuentra dirigido por el presidente Jaime Rodríguez-Arana Muñoz de España, el vicepresidente es Jorge Danós Ordoñez de Perú y el secretario es Carlos E. Delpiazco de Uruguay.

VI. LOS INTEGRANTES

El FIDA ha contado con un total de 226 miembros y en la actualidad se encuentra integrado por 220 profesores, que ocupan las distintas categorías de miembros fundadores, ordinarios y asociados.

Los integrantes por países son los siguientes: Argentina con 23, Bolivia con 3, Brasil con 18, Chile con 5, Colombia con 26, Costa Rica con 4, Cuba con 2, Ecuador con 12, El Salvador con 8, España con 29, Guatemala con 1, Honduras con 3, México con 19, Nicaragua con 1, Panamá con 9, Paraguay con 3, Perú con 11, Portugal con 3, Puerto Rico con 8, República Dominicana con 10, Uruguay con 12 y Venezuela con 10 miembros.

Si bien es cierto que en estos 18 años el FIDA ha crecido en el número de miembros y en la calidad del trabajo, en ese proceso de desarrollo y fortalecimiento se han experimentado pérdidas irrecuperables que deben ser recordadas permanentemente. Es así como no se olvida a Julio Rodolfo Comadira (2005), Jorge Luis Salomoni (2006), Rolando Pantoja Bauzá (2013), Mariano Brito Checchi (2014), Jaime Vidal Perdomo (2018) y José Luis Meilán Gil (2018).

VII. LA TRAYECTORIA

Luego de la cumbre fundacional en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, corazón de Suramérica, en marzo de 2002, se han sucedido las reuniones en junio del mismo año en Antigua, Guatemala; seguida en marzo de 2004, en Cartagena de Indias, Colombia; y en ese mismo año en el mes de octubre en La Coruña, España; luego se produjeron los encuentros de Quito, Ecuador en abril de 2006; de Bogotá, Colombia en julio de 2007; de Valladolid-Salamanca, España en septiembre de 2008; de ciudad de Panamá, Panamá en septiembre de 2009; de Mendoza, Argentina en septiembre de 2010; de San Salvador, El Salvador en septiembre de 2011; de Santo Domingo, República Dominicana en septiembre 2012; de Arequipa, Perú en octubre 2013; de Distrito Federal, México en octubre de 2014; de San Juan, Puerto Rico en octubre de 2015; de Bogotá, Colombia en octubre de 2016; de Santo Domingo, República Dominicana en octubre de 2017; de Guayaquil, Ecuador en octubre de 2018; de San Pablo, Brasil en octubre de 2019; de San Salvador, El Salvador en octubre de 2020, que se hizo por primera vez de manera virtual, como consecuencia de que la pandemia mundial impidió la reunión presencial y se encuentra planificada la próxima edición, en Montevideo, Uruguay en 2021.

VIII. LA FECUNDIDAD DE LAS REUNIONES

En atención al propósito y los objetivos del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, los resultados de sus actividades han sido documentados en las siguientes publicaciones.

De la primera reunión de Bolivia surgió “*La profesionalización de la función pública en Iberoamérica*”, publicada por el Instituto Nacional de Administración Pública de España, en 2002.

La segunda reunión de Guatemala generó “*Ética pública y descentralización territorial en Iberoamérica*”, trabajo que únicamente circuló en soporte electrónico, en 2002.

La tercera reunión en Colombia se dedicó a “*La reforma administrativa en los países iberoamericanos*”, habiendo circulado los trabajos en soporte electrónico, en 2004.

La cuarta reunión en España se ocupó del “*Principio de participación en el Derecho Administrativo Iberoamericano*” y las ponencias se publicaron en la Revista Iberoamericana

de Derecho Público y Administrativo N° 5, en San José de Costa Rica, año 2005 y también en el libro titulado “*Administração Pública e Participação Social na América Latina*”, por la Universidade de Santa Cruz do Sul, en 2005.

La quinta reunión se celebró en Ecuador, para reflexionar sobre “*El marco constitucional del Derecho Administrativo Iberoamericano*”, publicado por la Universidad San Francisco de Quito, en 2006.

La sexta reunión en Colombia tuvo como justificación disertar sobre la “*Ley y reglamento*”, cuyas ponencias fueron publicadas por la Universidad Externado de Colombia, en 2007.

La séptima reunión se realizó en España, en la que se abordó el tema “*Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano*”, que fue publicado por la Junta de Castilla y León, en 2008.

En Panamá tuvo lugar la octava reunión, que dio origen al libro sobre “*El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica*”, publicado por la Corte Suprema de Justicia, en 2009.

La novena reunión acaeció en Argentina, oportunidad en que se analizó y publicó el libro sobre “*Los tratados internacionales, contratos como regla de Derecho, jurisprudencia, doctrina y precedentes administrativos*”, editado por la RAP, en 2010.

De la décima reunión celebrada en El Salvador, se originó el libro titulado “*Retos de la Organización Administrativa Contemporánea*”, que publicó la Corte Suprema de Justicia, en 2011.

La décima primera reunión fue en República Dominicana y las participaciones fueron recogidas en el libro “*Visión actual del acto administrativo*”, editado por Finjus, en 2012.

La décima segunda reunión en Perú produjo la publicación del libro “*Contratación Pública*”, publicado por Adrus, en 2013.

La décima tercera reunión se hizo en México y las ponencias se recogieron en el libro “*La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*”, que editó la Universidad Panamericana, en 2014.

La décima cuarta reunión tuvo lugar en Puerto Rico y dio origen al libro titulado “*Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*”, publicado por la Universidad de Puerto Rico, en 2015.

La décima quinta reunión en Colombia llevó a la publicación del libro sobre “*Función social de la Administración*”, editado por la Universidad del Rosario, en 2016.

La reunión décima sexta en República Dominicana condujo a la publicación de la obra “*Bases y Retos de la Contratación Pública en el escenario global*”, con el patrocinio de FINJUS y la Editorial Jurídica Venezolana Internacional, en 2017.

La décima séptima reunión volvió a Ecuador y se publicó el libro “*Régimen Administrativo Sancionatorio*”, en 2018.

La décima octava reunión en Brasil generó la publicación del libro “*Control administrativo de la actividad de la Administración*”, editado por el Tribunal de Cuentas de San Pablo, en 2019.

La décima novena reunión en San Salvador generó la publicación del libro “Procedimientos Administrativos”, editado por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en 2020.

IX. REFLEXIONES FINALES

La conmemoración de estos primeros 18 años de actividades ininterrumpidas constituye una oportunidad para hacer balance.

El hecho de haber realizado 19 encuentros sucesivos es una demostración del éxito y la solidez alcanzada, por la reunión de algunos de los más calificados profesores iberoamericanos de Derecho Administrativo, en los que se han abordado las grandes categorías de la disciplina en las realidades nacionales.

El legado de estos años se encuentra documentado en miles de páginas redactadas por los miembros fundadores, los ordinarios y algunos asociados.

No obstante, cabe destacar que el legado no se ha limitado a las reuniones de profesores, los congresos y las publicaciones, sino que en el seno del FIDA se han establecido alianzas con el Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA) para efectuar publicaciones coordinadas⁴ e igualmente ha sido la atmósfera que se respira en el FIDA, la que contribuyó a la concepción, diseño, implantación y ejecución del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano (DDAI), en el que colaboran 11 universidades iberoamericanas⁵ y ya cuenta con un saldo favorable de 10 doctores⁶ egresados de las dos primeras ediciones del programa.

También fue en el núcleo del FIDA, donde surgió la iniciativa de reconocer a algunos de los más destacados profesores de Derecho Administrativo, cuyos logros han trascendido las respectivas fronteras nacionales y han proyectado su influencia académica en el ámbito internacional, obra publicada en Monterrey y de la que se dio cuenta oportunamente hace unos años atrás⁷.

Es pertinente señalar que algunos países del continente, luego de la realización de las reuniones del FIDA han experimentado la expedición de leyes o reformas legislativas en el campo del Derecho Administrativo, que generan la ilusión de pensar que estos eventos académicos han podido contribuir de alguna manera a impulsar tales cambios normativos, en el respectivo ámbito nacional.

Todo lo anterior conduce a considerar que el balance de los tres sexenios es positivo, pero el inicio de la tercera década del siglo XXI plantea nuevos desafíos para el Derecho Administrativo y en particular, para lo que ha sido considerado académicamente como la parte especial.

⁴ Rodríguez R., Libardo y Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime, *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Instituto Nacional de Administración Pública y Comares, Granada, 2015.

⁵ Cabe destacar que la Universidad Monteávila es la única por Venezuela que forma parte de este proyecto y los dos candidatos a doctores que ha propuesto, los profesores Miguel Ángel Torrealba Sánchez y Alejandro Canónico Sarabia, ya se graduaron con los máximos honores.

⁶ Tal como lo mencionamos en la presentación de la publicación Hernández-Mendible, Víctor (Dir.), *Derecho Administrativo Sancionador*, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y CIDEP, Caracas, 2019, p. 18.

⁷ Hernández-Mendible, Víctor, “El Derecho Administrativo en Iberoamérica. Doctrinarios y Estudios”, *Revista de Derecho Público* N° 145-146, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 497-501.

La disciplina goza de buena salud y tiene un futuro esperanzador, lo que lleva a pensar que los miembros del FIDA tenemos el reto de seguir trabajando y aportando al crecimiento de la escuela del Derecho Administrativo, que contribuya a la construcción, mejora y fortalecimiento del *Ius Commune* Administrativo Iberoamericano, al servicio de la libertad y de las personas.

RECENSIÓN DEL LIBRO “TEMAS FUNDAMENTALES DE DERECHO PÚBLICO EN HOMENAJE A JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ”

Antonio Silva Aranguren
Abogado

Resumen: *El artículo reseña el contenido de las veintiún colaboraciones que conforman el libro “Temas fundamentales de Derecho Público en homenaje a Jesús González Pérez”, editado por AVEDA, CIDEP y FUNEDA, y que aborda temas de derecho administrativo y constitucional.*

Palabras Clave: *Derecho administrativo; derecho constitucional.*

Abstract: *The article reviews the content of the twenty-one collaborations from the book “Fundamental Issues of Public Law in homage to Jesús González Pérez”, edited by AVEDA, CIDEP and FUNEDA, and which addresses issues of administrative and constitutional law.*

Key words: *Administrative law; constitutional law.*

La Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) y la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) publicaron en abril de 2020 la obra colectiva “Temas fundamentales de Derecho Público en homenaje a Jesús González Pérez”, contentiva de veintiún artículos que sus autores dedican a la memoria del conocido jurista español, fallecido el 27 de enero de 2019.

Don Jesús González Pérez tuvo una importante influencia en el Derecho Público iberoamericano y Venezuela no fue la excepción: su obra escrita es frecuentemente consultada dentro de nuestras fronteras y no pocos de nuestros profesores tuvieron la oportunidad de compartir con él en las aulas y de hacerse eco de sus enseñanzas, no sólo en la doctrina jurídica, sino también en el propio desarrollo legislativo de algunas de las instituciones que recoge nuestro ordenamiento.

Muestra de lo afirmado son los artículos que la obra reseñada divide en cuatro capítulos y que, en criterio de sus coordinadores, los profesores Daniela Urosa Maggi, Manuel Rojas Pérez y José Rafael Belandria García, permiten “*reivindicar la esencia del Derecho Público y del control judicial del Poder Público, piedra angular del Estado democrático de Derecho cuyo norte se ha perdido lamentablemente en los últimos tiempos en nuestro país*”¹.

Haremos una reseña de los trabajos que componen cada uno de esos capítulos, que fueron ordenados conforme a las áreas a las que el profesor González Pérez prestó especial dedicación.

¹ Urosa Maggi, Daniela, Rojas Pérez, Manuel y Belandria García, José Rafael. “Presentación”, *Temas fundamentales de Derecho Público en homenaje a Jesús González Pérez*, AVEDA-CIDEP-FUNEDA, Caracas, 2020, p. XXVI.

I. TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

El primer capítulo de la obra versa sobre algunas discusiones clásicas y también contemporáneas del Derecho Administrativo.

En primer lugar encontramos el artículo “*El Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea relativo a la protección en el tratamiento de datos personales, derechos de los interesados y tutela judicial efectiva*” de José Rafael Belandria García, que consiste en una revisión general del contenido de ese texto para después enfocarse en cuáles son los derechos que amparan a un particular en relación con sus datos personales –principalmente: el acceso, la rectificación, la supresión y la oposición– y cuáles son los mecanismos con los que cuenta para materializar esa protección.

De este modo, el autor ahonda en las vías administrativas y judiciales que la norma europea prevé y enlaza ambas posibilidades con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, presentando como caso de estudio las disposiciones del ordenamiento jurídico de España, país natal del homenajeado.

**

A continuación, Allan R. Brewer-Carías comparte su trabajo titulado “*Contratos de derecho privado de la Administración y contratos administrativos. Régimen jurídico y ley de contrataciones públicas*”, en el que regresa a uno de los temas que ha tratado en otras oportunidades, centrándose ahora en tres aspectos: la distinción histórica entre los llamados contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Administración; la relevancia de nociones como servicio público, utilidad pública e interés social para definir ambos tipos de contratos; y las repercusiones de considerar a un contrato de uno u otro tipo.

Como parte de estas repercusiones, el autor se refiere a las cláusulas exorbitantes de derecho común y sostiene –siguiendo la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia venezolana– que como dichos poderes extraordinarios no definen al contrato administrativo, por ser su consecuencia y no la condición para su determinación, resulta imperativo que las cláusulas exorbitantes cuenten con previsión legal expresa, so pena que el actuar de la Administración sea catalogado como arbitrario al –por ejemplo– pretender modificar unilateralmente un contrato público.

**

Hallaremos luego la colaboración “*La responsabilidad del Estado en Venezuela*” de Víctor R. Hernández-Mendible, en la que se hace un repaso de cómo se encuentra regulada esta institución en el Derecho venezolano que, como se sabe, exige la constatación de un daño injusto en cabeza del particular y un nexo de causalidad que permita adjudicar la fuente de dicho daño a los órganos y entes del Estado.

El autor parte de los fundamentos constitucionales y convencionales de la responsabilidad del Estado, así como su necesaria vinculación con el Derecho Privado, para luego pasarse –siguiendo también de cerca los criterios de la antigua Corte Suprema de Justicia– por la responsabilidad derivada de la función jurisdiccional, legislativa y constituyente; los actos, retrasos y omisiones administrativas; el ejercicio de potestades discrecionales o actividades lícitas y materiales; la teoría del riesgo y los daños causados por las cosas; el incumplimiento contractual; y la violación de normas internacionales por parte de la Administración, para concluir que independientemente del tipo de daño causado es imperativo que toda indemnización sea integral, aun cuando las estadísticas de nuestro Poder Judicial revelen otra realidad.

**

En el artículo “*Las nuevas tendencias del Derecho Urbanístico contemporáneo y el control de la convencionalidad de los derechos fundamentales contemplados en las cartas globales de ordenación urbanística*”, de Emilio J. Urbina Mendoza, se hace un revisión de la definición a nivel convencional del derecho a la ciudad como parte de la “*buena administración del urbanismo*”, calificándose a este derecho como un “*derecho de derechos*” que prevé, a su vez, el derecho de acceso a los beneficios y ventajas de la ciudad, exigibles por vías convencionales.

Como consecuencia de lo anterior, el autor expone que el Derecho Urbanístico en la actualidad se inclina a favor de una simplificación normativa en la que, más que férreas zonificaciones o planes de desarrollo urbano a ser aprobados mediante ordenanzas –como ocurre en el derecho venezolano– se prefieren leyes incompletas al estilo de estándares, directrices y guías –o inclusive, reglas no vinculantes– que han de ser precisadas por vía de actos de rango sublegal para asegurar un marco jurídico flexible que atienda y se adapte a los requerimientos de cada ciudad.

**

Finalmente, el capítulo cierra con el artículo “*Estado ambiental: ¿una opción postergada en América Latina?*” de José Luis Villegas Moreno, quien plantea la protección del ambiente como un “tema capital del Derecho Público en este siglo XXI” para alcanzar el desarrollo sostenible en el marco de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas.

En este sentido, el autor destaca algunos de los requisitos que debería tener presente el legislador al dictar una ley en la materia –entre ellos, la necesidad de exigir evaluaciones de impacto ambiental previas a la concesión de permisos para actividades o construcción de infraestructuras y la implementación de los “sellos verdes”– y las políticas de gobernanza que, de acuerdo con diferentes organizaciones internacionales, han de promover los gobiernos para alcanzar la no regresión ambiental y prevenir los efectos nocivos del cambio climático.

II. TEMAS DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El segundo capítulo del libro también cuenta con cinco artículos. En esta ocasión, dedicados al estudio de diversos aspectos del procedimiento administrativo que van desde los principios que le sirven de base hasta propuestas para una eventual reforma legislativa.

El capítulo inicia con “*La carga de la prueba en el procedimiento administrativo sancionatorio*” de María Alejandra Correa Martín, que permite a la autora presentar algunas reflexiones sobre dos puntos claves en la materia: el principio inquisitivo y el alcance de la presunción de inocencia del particular.

Sobre el primero, recuerda que este principio rige a todos los procedimientos administrativos, ya que la Administración tiene el deber como garante de la legalidad de indagar y analizar los requerimientos y necesidades que deben atenderse a través de sus competencias; mientras que en relación con el segundo precisa que si bien la carga de la prueba recae generalmente en la Administración, no debe olvidarse que en determinadas circunstancias la misma corresponderá al particular, tal como se desprende de los ejemplos que trae a colación.

**

En relación con el mismo tema hallamos el artículo “*Las garantías judiciales en los procedimientos administrativos en Venezuela*” de Wilmer Rafael Gil Jaimes, quien se detiene en la recepción en el procedimiento administrativo de una serie de garantías originalmente consideradas para los procesos judiciales.

Luego de dedicar un par de páginas a la distinción entre el procedimiento administrativo y el proceso administrativo, el autor, siguiendo muy de cerca la doctrina nacional, alude a los principios y garantías que han de caracterizar al procedimiento según el derecho interno y los pronunciamientos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, destacando –entre otros– la supremacía constitucional, el principio de legalidad, el debido proceso, el derecho a la defensa, la buena fe, la confianza legítima, la igualdad y la imparcialidad.

**

Apartándonos del ámbito general, pero todavía en relación con los principios que rigen a los procedimientos administrativos, conseguimos el artículo “*Breves comentarios al procedimiento de investigación previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*” de Iván D. Paredes Calderón, en el que se reseña la regulación del procedimiento mencionado y su vinculación con los principios de imparcialidad, objetividad, celeridad y economía procedimental.

Como parte de este relación, el autor nos presenta las normas referidas al expediente administrativo, los interesados legítimos y las diferentes fases que conforman este procedimiento, que van desde el auto de proceder y su posterior notificación a los alegatos, pruebas e informe de resultados; temas que no solo se encuentran regulados en la ley mencionada sino también en diversos actos de rango sublegal, como es el caso de su reglamento y algunos manuales internos del organismo de control.

**

¿Es conveniente reformar la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos? Esta es una de las preguntas que se hace Flavia Pesci-Feltri en su artículo “*Propuesta para sistematizar el contenido de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en una futura reforma*”, al destacar también algunas de las circunstancias de las que podría inferirse por qué esta ley ha logrado permanecer inalterada por casi cuarenta años, lo que constituye una verdadera excepción en el derecho venezolano contemporáneo.

Después de sostener que es necesario promover el debate para lograr un proyecto de reforma lo suficientemente pensado y sopesado en el futuro, la autora expone los que en su criterio habrían de ser parte de los temas a debatir, teniéndose a la persona y su dignidad como principio y fin del Estado y, por ende, de los procedimientos que la Administración lleve a cabo para que estos garanticen los derechos fundamentales de la primera y se logre el eficaz y eficiente cumplimiento de los fines de interés público atribuidos a la segunda.

**

El capítulo finaliza con “*Los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima*” de Jaime Rodríguez-Arana, único autor extranjero de esta obra colectiva que, para abordar los tres principios indicados, toma como punto de partida los principios generales del Derecho y del Derecho Administrativo y la relación que existe entre estos y la ética, los valores y los derechos fundamentales.

Producto de este estudio, en buena parte basado en decisiones del Tribunal Supremo de España, el autor concluye que los principios en el Derecho son más importantes de lo que en ocasiones puede pensarse, pues ellos no solo fungen como fuente objetiva de la norma, sino que además son los medios con los que cuenta la sociedad para evitar que por vía legislativa se lleguen a soluciones absurdas o –peor aún– injustas.

III. TEMAS DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

El tercer capítulo del libro es el más extenso: cuenta con siete colaboraciones, todas dedicadas al contencioso administrativo que, como se recordará, fue uno de los temas que más interés despertó en el homenajeado.

La autoría del primero corresponde a Carlos García Soto y lleva por título “*Incluso por desviación de poder*”. *Notas acerca de los orígenes de una parte de la norma constitucional sobre la jurisdicción contencioso-administrativa (o de cómo el profesor Jesús González Pérez influyó en la Constitución de Venezuela)*”.

El trabajo parte de la similitud que existe entre el artículo 206 de la constitución venezolana de 1961 y el artículo 259 de la de 1999. Para ello, el autor estudia la fórmula “*incluso por desviación de poder*” que prevén ambos textos y sus orígenes a nivel legislativo en el Derecho español –gracias al anteproyecto de ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, elaborado por Manuel Ballbé y el homenajeado: Jesús González Pérez– hasta llegar a su consagración en nuestra Constitución de 1961 y, hoy en día, tanto en la Constitución de 1999 como en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

**

El segundo texto lo firma Darrin J. Gibbs H. con el título “*El proceso cautelar en la justicia contencioso administrativa*”. Aborda ese tema bajo una visión global que enlaza el articulado de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con los criterios que ha sostenido la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en algunos de sus fallos más recientes sobre la materia.

El autor recorre diferentes temas, como la pretensión cautelar, el desarrollo del proceso judicial, los requisitos de procedencia, la tramitación de la medida, la omisión en la legislación de la ordenación expresa de la medida de suspensión de efectos, las medidas innominadas, el decreto de la medida cautelar, la oposición a la medida declarada como procedente, los recursos frente a esta decisión y la ejecución de las medidas, calificando a la tutela cautelar como una manifestación esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

**

Por su parte, José Ignacio Hernández G. nos invita a expandir la visión del contencioso en su artículo “*Introducción al Derecho Procesal Administrativo Global. El Derecho Administrativo más allá del Estado*”, en el que ilustra sobre los mecanismos de solución de controversias Estado-inversor en el Derecho Procesal Administrativo o, lo que es lo mismo, el arbitraje internacional de inversiones.

Si bien el autor advierte que recientemente ha surgido la propuesta de crear tribunales internacionales para conocer de estas causas, las páginas de su colaboración se dedican a pincelar cómo opera este arbitraje y cuál es su naturaleza –es decir, si se trata de un medio alternativo o principal de resolución de conflictos– y precisar algunas de las implicaciones prácticas del derecho internacional de inversiones como mecanismo de control de la Administración Pública en el espacio global.

**

De regreso al ámbito nacional encontramos el artículo “*De la supletoriedad y la analogía en el contencioso administrativo*” de José Gregorio Silva Bocaney –el primero de las dos colaboraciones del autor en esta obra colectiva–, que plantea la necesidad de estudiar la relación existente entre el contencioso-administrativo y el derecho procesal y el uso de las instituciones de este último en el primero.

De este modo, el autor parte del concepto de la integridad del derecho para, a continuación, estudiar los supuestos de supletoriedad entre el contencioso general y la función pública y la analogía en el contencioso general, ofreciendo como casos de estudio la confesión ficta, las costas procesales, la perención y las pruebas, respecto a los cuales advierte que en ningún momento el uso de estas herramientas será posible si con ellas se pretende imponer una consecuencia jurídica ablativa al particular.

**

Miguel Ángel Torrealba Sánchez, por su parte, nos aporta su artículo de derecho comparado “*Sobre algunas intersecciones entre el juez administrativo y el juez ordinario en Francia, con especial referencia a la vía de hecho y a la protección de los derechos y garantías constitucionales. Diferencias con el caso venezolano*”, en el que escribe sobre la jurisdicción dual propia del derecho francés y el rol del juez de “*derecho común*” como garante natural de las libertades individuales y la propiedad, para luego precisar cómo es posible que en casos de vías de hecho y ocupaciones ilegales exista una confluencia de competencias entre este último y el juez contencioso.

La colaboración termina con una mirada al tema por parte del Poder Judicial venezolano en donde se destaca –además del carácter judicialista de la jurisdicción contencioso-administrativa– la pretendida limitación del juez contencioso administrativo para pronunciarse en materia del derecho de propiedad y la necesidad de evaluar el tratamiento clásico de las vías de hecho en virtud de la inexistencia de la dualidad jurisdiccional francesa en el país.

**

Otro análisis nos propone Daniela Urosa Maggi con el artículo “*Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en Venezuela. Veinte años después*”, en el que retoma el tema de su tesis doctoral dirigida por el homenajeado, para ahora mostrar la evolución que ha presentado a nivel legislativo y jurisprudencial.

Después de unos comentarios sobre el Estado de Derecho y los cambios que ha experimentado la tutela jurisdiccional efectiva en relación con la inactividad administrativa desde 1925, la autora centra su estudio en las disposiciones de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de las que extrae –por ejemplo– cuáles serían las pretensiones deducibles frente a la inactividad administrativa, el procedimiento a seguir, la legitimación exigida, la posibilidad de obtener una tutela cautelar y el contenido que habría de tener la sentencia definitiva, todo lo cual compara con los dichos de los tribunales venezolanos que, como se sabe, tienden a declarar la inadmisibilidad de estas demandas.

**

El capítulo concluye con el artículo “*Algunas consideraciones respecto a la interpretación jurisprudencial del artículo 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*” de Igor Enrique Villalón Plaza, consistente en la revisión de dos sentencias en cuanto a la admisibilidad de las demandas por abstención, de acuerdo con los requisitos previstos en la norma mencionada en su título.

Tomando como origen el derecho de petición y las previsiones legales sobre estas demandas, el autor reseña los criterios asumidos en la materia por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y la importancia que, en su criterio, habría de dársele al silencio negativo de la Administración para proceder con la admisión de la demanda cuando por su propia inacción no se han podido acreditar los trámites efectuados.

IV. TEMAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

El último capítulo del libro cuenta con cuatro colaboraciones, todas referidas a asuntos de Derecho Constitucional.

La autoría del primer texto corresponde a Manuel Rojas Pérez, versa sobre “*La revisión constitucional en la Constitución venezolana*” y examina diversos aspectos de este tema, que van desde su marco conceptual y naturaleza jurídica según la doctrina y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia hasta su relación con el *writ of certiorari* del derecho anglosajón.

El artículo concluye con algunas reflexiones sobre la justificación y límites de este “recurso procesal extraordinario” y ciertas precisiones procedimentales en cuanto a su admisibilidad, competencia y lapsos.

**

A continuación hallamos la segunda colaboración de José Gregorio Silva Bocaney, ahora referida a “*El control del poder. Caso Venezuela*” y cuyos comentarios se dividen en dos ideas fundamentales.

En la primera de ellas, el autor expone sobre los aportes de las revoluciones del siglo XVIII, al promover una serie de derechos que habrían de ser garantizados por la autoridad, so riesgo de que, de no hacerlo, se le pudiese desconocer por mecanismos jurídicamente válidos. En la segunda, en tanto, comenta por qué –aun cuando en nuestro país teóricamente existe el reconocimiento indicado– los medios para controlar al Poder han fracasado al desnaturalizarse y emplearse el Derecho como un instrumento político.

**

Gabriel Sira Santana estudia “*La dignidad humana en los fallos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*”, tomando como base un artículo similar elaborado por el homenajeado en relación con el Tribunal Constitucional español, para preguntarse si dicha Sala alude a la dignidad humana al momento de motivar sus decisiones y, de existir tales referencias, si las mismas se corresponden con las circunstancias que González Pérez constató en el derecho español.

Esta colaboración –que cita más de doscientos fallos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia– aborda cuál es la naturaleza jurídica de la dignidad humana según este órgano decisor; sus funciones como límite a la actividad del Poder Público, los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad; su categorización como rango esencial de toda persona; sus medios de protección jurisdiccional y su relación con otros derechos fundamentales como podrían ser la vida, igualdad, libertad y propiedad.

**

El libro cierra con el artículo “*¿La oralidad garantiza la tutela judicial efectiva?*” de Cecilia Sosa Gómez, en el que busca responder la interrogante planteada de acuerdo con las disposiciones constitucionales al respecto y las previsiones del derecho convencional, entre los que destaca la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Con este bagaje, la autora determina que si bien la oralidad –en efecto– facilita los fines, principios y garantías del proceso –tales como la inmediación, el contradictorio y la publicidad–, el garantizar la justicia, la defensa y la tutela jurisdiccional efectiva va más de que un proceso judicial o administrativo sea oral y requerirá, entre otros, fomentar la ética y la argumentación jurídica de quienes hacen vida en el sistema de justicia.

